



HAL
open science

Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-qubécoise

Hélène Villain

► **To cite this version:**

Hélène Villain. Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-qubécoise. Droit. Université de Lille, 2022. Français. NNT : 2022ULILD005 . tel-03889891

HAL Id: tel-03889891

<https://theses.hal.science/tel-03889891v1>

Submitted on 8 Dec 2022

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.



Thèse délivrée par
L'Université de Lille

N° attribué par la bibliothèque

—|—|—|—|—|—|—|—|—|—|—|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

Hélène VILLAIN

Le 28 mars 2022

**CONTRAT D'ADHESION ET JUSTICE CONTRACTUELLE
ETUDE COMPAREE FRANCO-QUEBECOISE**

JURY

Directrice de thèse : **Madame Sandrine CHASSAGNARD-PINET**
Professeure à l'Université de Lille

Membres du jury : **Monsieur Gaël CHANTEPIE**
Professeur à l'Université de Lille

Monsieur Christophe JAMIN (Rapporteur)
Professeur des universités à Sciences Po

Madame Brigitte LEFEBVRE (Présidente)
Professeure titulaire à l'Université de Montréal

L'honorable Benoît MOORE (Rapporteur)
Juge à la Cour d'appel du Québec
Professeur associé à l'Université de Montréal

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères et les plus émus vont, tout d'abord, à ma directrice de thèse, Madame la Professeure Sandrine Chassagnard-Pinet. Madame, par votre confiance absolue qui m'a offert une grande liberté dans mes recherches et par votre perspicacité qui me ramenait toujours sur les rails ; par votre ouverture d'esprit et votre curiosité scientifique ; par vos relectures attentives, votre constant soutien – autant personnel que professionnel – et par votre grande bienveillance, vous m'avez permis de franchir la ligne d'arrivée de ce marathon intellectuel, mais aussi humain. Puissiez-vous trouver dans ces lignes, qui vous doivent énormément, l'expression de ma plus grande déférence.

Ma respectueuse reconnaissance va également aux membres de mon jury de soutenance : les professeur.e.s Chantepie, Jamin, Lefebvre et l'honorable Moore. A vous, j'adresse un merci tout spécial pour avoir accepté de me lire et de partager, avec moi, le dernier sprint de cette course de fond. J'en suis extrêmement honorée.

Les séjours d'étude et de recherche réalisés au Québec pour l'exploration de ce sujet de thèse n'auraient pas été si plaisants et mémorables sans l'accueil chaleureux et le précieux soutien matériel, mais surtout humain, de Madame la Professeure Brigitte Lefebvre, titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin. Madame Lefebvre, puissiez-vous trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

Au même titre, mes remerciements les plus vifs vont au laboratoire du CRDP, à l'Ecole doctorale (très chères Sophie et Françoise, que ferions-nous sans vous ?), à l'Université de Lille (clin d'œil à la formidable équipe Mobillex !), au Collège doctoral ainsi qu'à la région Hauts-de-France pour l'indispensable soutien financier et logistique qui a rendu possible la réalisation des séjours à Montréal.

Arnaud, Gabriel, Jérémie (mention spéciale !), Marc, Shana, sans oublier Cora, cette thèse ne serait pas ce qu'elle est sans vous ; sans nos échanges inspirants, votre écoute inconditionnelle, vos conseils bienveillants, vos relectures pertinentes, vos encouragements sincères, sans oublier votre mobilisation exceptionnelle pour la fourniture des références québécoises pendant la pandémie. Mais, plus que tout, ce cheminement – qui aura constamment été ponctué par la présence souriante et généreuse de Julien et Kevin – n'aurait pas été le même sans votre joyeuse compagnie, votre accueil à bras et à cœurs ouverts, votre soutien inconditionnel et votre précieuse amitié. Soyez toutes et tous assuré.e.s de mon indéfectible affection.

Gaëlle, la fin de thèse aura été façonnée au gré de nos longues conversations qui lui ont donné une autre saveur. Un merci tout spécial pour ces discussions qui occupent une place toute particulière dans mon cœur.

Enfin, pour les plus importants : Papa, Maman, quelle aventure avons-nous vécue ! Les mots me manquent car même les plus sincères ne sauraient exprimer l'élan de mon cœur qui va pour vous. Alors, avec chaque fibre de mon être, je veux simplement vous dire *merci* : merci pour votre immense tendresse, votre humour rafraîchissant, votre humble patience, votre amour bienveillant, votre présence réconfortante de chaque instant ; pour votre généreux dévouement, jusqu'à la fin. Vous-même savez.

Liste des abréviations

A.C.	Appeal cases
actu.	Actualités
aff.	affaire
<i>AJCA</i>	Actualité juridique contrats affaires
<i>AJ Contrat</i>	Actualité juridique contrat
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>AJ Famille</i>	Actualité juridique famille
al.	alinéa
<i>American Business L. J.</i>	American Business Law Journal
<i>Am. Uni. L. Rev.</i>	American University Law Review
anc.	ancien
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
Art.	article
<i>art. préc.</i>	article précédemment cité
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
Ass. Nat. Q.	Assemblée Nationale du Québec
<i>Assurances</i>	Assurances : revue trimestrielle consacrée à l'étude théorique et pratique de l'assurance au Canada
<i>BHP</i>	Bulletin d'histoire politique
B.R.	Rapports judiciaires du Québec. Cour du Banc du Roi/de la Reine
<i>Bull. A. P.</i>	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	Bulletin Joly Sociétés
c	chapitre (législation québécoise)
c.	contre
CA	Cour d'appel
<i>Camb. Law J.</i>	Cambridge Law Journal

<i>Can. L. Times</i>	The Canadian Law Times
Cass. Ass. Plé.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ere} , 2 ^{eme} , 3 ^{eme}	Première, deuxième et troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation (ancienne)
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. c. B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C. c. Q.	Code civil du Québec
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
<i>C. de D.</i>	Les Cahiers de Droit – Université Laval
<i>cf</i>	<i>confer</i>
ch.	chambre
chron.	chronique
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
C.N.	Code Napoléon
COJ	Code de l'organisation judiciaire
<i>Colum. L. Rev.</i>	Columbia Law Review
<i>Coll. Hist. justice</i>	Revue Histoire de la justice
comm.	Commentaires
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Opinion contraire
<i>Contrats, comm. élec.</i>	Contrats, communication électronique
<i>Contrats, conc., consom.</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>C.P.I.</i>	Les Cahiers de propriété intellectuelle
C.S.C.	Cour suprême du Canada
Coll.	Collection
D.	Recueil Dalloz
<i>Dalloz actual.</i>	Dalloz actualités

D.C.	Décision du Conseil constitutionnel
<i>D. affaires</i>	Revue Dalloz affaires
<i>Dalloz IP/IT</i>	Revue Dalloz propriété intellectuelle et industrielle
dir.	direction
doctr.	doctrine
<i>Dr. famille</i>	Revue de droit de la famille
<i>Dr. et patrimoine</i>	Revue Droit & Patrimoine
<i>Droits</i>	Revue française de théorie, de philosophie, et de cultures juridiques
Ed.	Éditions
éd.	édition
égal.	Également
<i>et alii</i>	et autres
étu.	Etude
<i>Fasc. JCl.</i>	Fascicule Juris-Classeur
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
H.L.	House of Lords
<i>Harv. L. Rev.</i>	Harvard Law Review
hon.	honorable
<i>Ibid.</i>	Ibidem
<i>infra</i>	ci-dessous
j.	juge
<i>JCP E</i>	La Semaine juridique – édition entreprises et affaires
<i>JCP G</i>	La Semaine juridique – édition générale
<i>JCP N</i>	La Semaine juridique – édition notariale et immobilière
<i>JCP S</i>	La Semaine juridique – édition sociale
<i>J. D.</i>	Journal des débats (Québec)
J. O.	Journal Officiel de la République française
<i>Journ. soc.</i>	Journal spécial des sociétés
L.	Loi
L. C.	Loi du Canada
<i>Lamy affaires</i>	Revue Lamy Droit des affaires

<i>Lamy concurrence</i>	Revue Lamy Droit de la concurrence
<i>Lamy droit civil</i>	Revue Lamy Droit civil
L. P. C.	Loi sur la protection du consommateur
L.R.C.	Loi révisée du Canada
<i>Mich. L. Rev.</i>	Michigan Law Review
n ^o (s)	numéro(s)
O.	Ordonnance
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	ouvrage précédemment cité
O.R.C.C.	Office de Révision du Code Civil
<i>Osgoode Hall L. J.</i>	Osgoode Hall Law Journal
p.	page(s)
<i>Parlement(s),</i>	Parlement(s), revue d'histoire politique
<i>rev. d'hist. pol.</i>	
part.	particulièrement
<i>Petites affiches</i>	Les Petites Affiches
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Publications des facultés universitaires Saint-Louis
PUC	Presses Universitaires de Caen
PUM	Presses de l'Université de Montréal
PUF	Presses Universitaires de France
PUL	Presses de l'Université Laval
préc.	précité
préf.	préface
QC C.A./C.A.	Cour d'appel du Québec
QC C.Q./C.Q.	Cour du Québec
QC C.S./C.S.	Cour supérieure du Québec
R.C.S./S.C.R.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
<i>RDA</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RDAI/IBLJ</i>	Revue de droit des affaires internationales/International business law journal
<i>RDC</i>	Revue des contrats

<i>R.D. McGill</i>	Revue de droit de McGill
<i>R.D. Ottawa</i>	Revue de droit d'Ottawa
<i>R.D.U.S.</i>	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
<i>R. du B. Can.</i>	Revue du Barreau canadien
<i>R. du B.</i>	Revue du Barreau (Québec)
<i>R. du D.</i>	Revue du droit
<i>R. de L.</i>	Revue de législation et de jurisprudence
<i>R. du N.</i>	Revue du Notariat
<i>Rec. Cons. constit.</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Répertoire de droit civil
<i>Rép. com. Dalloz</i>	Répertoire de droit commercial
<i>Rev. eco. indus.</i>	Revue d'économie industrielle
<i>Rev. euro. dr. privé</i>	Revue européenne de droit privé
<i>Rev. hist. fac. dr.</i>	Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique
<i>Rev. hist. pol.</i>	Revue d'histoire politique (Parlement(s))
<i>Rev. fr. adm. pub.</i>	Revue française d'administration publique
<i>Rev. fr. dr. adm.</i>	Revue française de droit administratif
<i>Rev. inter. dr. comp.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rev. inter. dr. éco.</i>	Revue internationale de droit économique
<i>Rev. jur. et pol.</i>	Revue juridique et politique
rééd.	réédition
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
<i>R. G. D.</i>	Revue générale de droit d'Ottawa
<i>R.G.D.A.</i>	Revue générale de droit des assurances
<i>R.I.E.J.</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>R.J.</i>	Revue de jurisprudence
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>R.J.Q.</i>	Recueil de jurisprudence du Québec
<i>R.J.T.</i>	Revue juridique Thémis
<i>R. L.</i>	La Revue légale
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec

R.R.J.	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
R.S.O.	Revised Statutes of Ontario
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDI</i>	Revue trimestrielle de droit immobilier
S.Q	Statuts de Québec
ss	sous
sect.	section
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
TAHC	Travaux de l'association Henri Capitant
T. com.	Tribunal de commerce
T.G.I.	Tribunal de grande instance
<i>U. of T. L. J.</i>	University of Toronto Law Journal
V./v.	voir
vol.	volume

Sommaire

Introduction

Partie 1 : Le lien consubstantiel entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle

Titre 1 : La naissance d'une notion doctrinale subsidiaire

Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion à la périphérie du discours évolutif du droit des contrats français

Chapitre 2 : Le contrat d'adhésion au tournant de l'évolution du discours du droit des contrats québécois

Titre 2 : Le cheminement vers la consécration d'une catégorie juridique essentielle

Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion au centre du discours réformateur du droit des contrats français et québécois

Chapitre 2 : Le contrat d'adhésion au centre du nouveau discours contractuel français et québécois

Partie 2 : Le lien indissoluble entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle

Titre 1 : La consolidation de la justice contractuelle par l'insertion du régime du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois

Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion, un contrat structurellement déséquilibré

Chapitre 2 : L'encadrement du contrat d'adhésion par le droit commun des contrats

Titre 2 : L'extension de la justice contractuelle par l'articulation du régime de droit commun du contrat d'adhésion avec les règles du droit spécial des contrats

Chapitre 1 : De la nécessaire complémentarité entre droit commun et droits spéciaux des contrats

Chapitre 2 : De l'opportunité d'un régime de droit commun du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois

Conclusion générale

A mon père, Jean-Philippe,

A mon grand-père, Maurice,

et mon oncle, Noël,

A la mémoire de ma très chère Maman,

pour elle...

Introduction

1. *En voiture !* Gare de Lille-Flandres, un jour de semaine, heure de pointe. Ici, des individus achètent un billet de train ou un ticket de métro en moins de cinq minutes à un guichet ou à une borne automatique. Là-bas, une femme, l'oreille collée au téléphone, presse le pas sur le quai à quelques minutes du départ de son TGV qui l'emmènera à Paris. Dans quelques jours, elle s'envolera pour le Québec grâce à son billet acheté sur l'internet en quelques clics et en quelques cases cochées pour s'assurer qu'elle a bien pris connaissance des conditions générales et tarifs de la compagnie aérienne. Au bout de sa ligne téléphonique, pour laquelle elle paie un abonnement mensuel, son conseiller bancaire, qui lui assure qu'elle pourra pleinement profiter de ses transactions québécoises à moindres frais grâce à l'option internationale qui vient d'être ajoutée à sa carte bancaire en deux signatures électroniques apposées à distance. Plus loin, un homme achète en un éclair un Paris-Brest accompagné d'un café à la boulangerie-pâtisserie de la gare. Dans le coin restauration de cette même boulangerie, une adolescente vient d'acheter le dernier titre de son groupe de musique de prédilection sur une plateforme de téléchargement de musique en ligne sur son cellulaire (très) intelligent. A côté, un jeune homme approuve d'une coche les termes et conditions de la nouvelle compagnie d'électricité auprès de laquelle il a souscrit un abonnement pour son nouvel appartement. Parmi la foule de voyageurs, une étudiante en droit, attendant son train, observe la réalité qui l'entoure et prend conscience d'une chose : toutes ces personnes ont conclu ou sont en train de conclure un contrat. Et pourtant, aucune discussion, aucun échange ne se déroulent devant ses yeux. Aux antipodes de ses cours de droit des obligations, elle réalise que le contrat d'adhésion semble avoir pris le contrepied de la figure napoléonienne du contrat négocié et est désormais conclu partout, et presque tout le temps. Avec l'expansion et la spécialisation des activités, la croissance exponentielle de la consommation, et donc de la production, l'accès à un plus grand choix de produits et de services, l'essor de médias toujours plus connectés, « il va sans dire que la société actuelle subit de *rapides* et de profonds changements : les frontières s'effritent, le temps s'accélère et l'espace s'étrique »¹.

¹ PICOTTE (M.-A.). *Adhérer ou adhésier : essai sur la notion de contrat (par adhésion)*, Université de Montréal, 2018, p. 2.

2. « Le plus vieux contrat du monde ». Si le contrat d'adhésion s'avère être le moyen privilégié, indispensable, voire même évident, de conclusion rapide des contrats dans notre société d'aujourd'hui, il est intéressant de remarquer qu'il en a toujours été ainsi. De fait, le contrat d'adhésion est vraisemblablement le « plus vieux contrat du monde »². A l'époque romaine, son ancêtre, la « stipulation », était également un outil rapide et pratique de formation des liens contractuels. Aux côtés de la « *sponsio* », plus solennelle et utilisée pour la conclusion de traités internationaux³, la stipulation, qui appartenait à la catégorie des contrats dits « *verbis* »⁴, était conclue à la suite de l'engagement d'un dialogue dont l'enchaînement des répliques et le prononcé des phrases étaient soumis à un formalisme rigoureux⁵. Principalement utilisée dans le cadre de transactions ouvertes à une foule indéterminée de potentiels contractants, il revenait au créancier de préparer les termes du dialogue de la stipulation et de l'amorcer. Le débiteur n'avait d'autre choix que de répondre par l'affirmative s'il souhaitait se voir engager dans les liens contractuels. Il n'avait donc pas la possibilité de négocier les termes du contrat. C'est ainsi que résonnaient dans les rues de la Rome Antique les annonces préparées à l'avance par les commerçants qui souhaitaient vendre leurs marchandises aux passants. A l'écoute de ces annonces, ces derniers n'avaient plus qu'à sortir de la foule de piétons indéterminés pour accepter les termes du contrat de vente et devenir débiteur d'obligations.

Bien des siècles plus tard, la stipulation romaine changea de nom pour devenir le contrat d'adhésion. Nous sommes à la fin du XIX^e siècle et la Révolution industrielle bat son plein. L'industrie est florissante et les progrès techniques sont nombreux, et participent au développement du transport, en particulier ferroviaire. S'il n'était pas encore question de transactions bancaires réalisées à distance ou d'achats de morceaux de musique dématérialisés, cette époque avait aussi son lot de contrats non négociés : le contrat de travail, le contrat de transport des compagnies de chemin de fer, ou encore le contrat d'assurance⁶. De fait, les innovations techniques permettaient une mécanisation massive

² **TESTU (F.-X.)**. « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, n° 18, I, doct. 3673, p. 197, n° 1.

³ **BREGI (J.-F.)**. *Droit romain : les obligations*, Coll. Universités Droit, Paris : Ellipses, 2006, p. 139.

⁴ *Ibid.*, p. 138.

⁵ *Ibid.*, p. 140 et s. ; **GAUDEMET (J.)**, **CHEVREAU (E.)**. *Droit privé romain*, Coll. Domat droit privé, 3^e éd., Paris : Montchrestien, 2009, p. 264-265 ; **GIRARD (P.-F.)**. *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2003, p. 515 et s.

⁶ **SALEILLES (R.)**. *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris : Pichon, 1901, p. 229-230, n° 89.

des usines ce qui entraîna de nombreux accidents du travail, d'où le développement de l'assurance. Cependant, la multiplication de ces accidents ne représentait que la partie émergée de l'iceberg. En effet, la conclusion rapide des contrats de travail, et même de transport, rédigés par les entreprises laissait le terrain libre au développement des abus de pouvoir. Ceux qui adhéraient à ces contrats se trouvaient être tributaires de trop nombreuses obligations tandis que les entreprises étaient titulaires de tous les droits et se déchargeaient de toute responsabilité. Indigné face à l'accroissement de ces abus et des conséquences dramatiques que pouvaient engendrer les déséquilibres contractuels pour les contractants les plus vulnérables – notamment les ouvriers – un juriste de renom estampilla, « faute de mieux »⁷, la notion de contrat d'adhésion⁸. Raymond Saleilles se contenta de donner une définition de sa création en l'identifiant comme suit : « il y a prédominance exclusive d'une 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 »⁹. L'auteur ne proposa donc pas de règles destinées à corriger le déséquilibre provoqué par le contrat d'adhésion. Tout au plus indiquera-t-il simplement que ce dernier doit être interprété comme une loi en tenant compte des intérêts de la collectivité¹⁰. C'est une jeune génération de docteurs qui, quelques années plus tard, va étoffer cette notion en posant les premières bases d'un régime du contrat d'adhésion¹¹. Soucieux de répondre à l'impérieux besoin de justice et de protection des parties vulnérables, ils reprirent l'idée d'une interprétation du contrat d'adhésion détachée de la traditionnelle commune intention des parties – de toute façon inexistante dans ce contrat – et proposèrent de mener une lutte contre les clauses abusives, qui étaient autrefois qualifiées d'« iniques », en puisant dans les dispositions déjà existantes du Code civil. L'objectif était de lutter contre les abus grevant le contrat et octroyant à l'une des parties – en l'occurrence, la partie forte – un avantage excessif et déraisonnable.

⁷ SALEILLES (R.). *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 229, n° 89.

⁸ V. *infra* n°s 39 et s.

⁹ SALEILLES (R.). *Ibid.*, p. 229-230, n° 89.

¹⁰ *Ibid.*, p. 230, n° 90.

¹¹ V. *infra* n°s 57 et s.

3. Présentation de la définition du contrat d'adhésion. Près d'un siècle et demi après sa naissance, le descendant de la stipulation romaine trouve désormais sa place parmi les nouvelles dispositions du droit commun des contrats réformé par l'ordonnance du 10 février 2016¹². Il s'en est fallu de peu pour que le contrat d'adhésion ne soit pas reçu dans le Code civil, du moins tel qu'on le connaît aujourd'hui. Les premières esquisses de la réforme du droit des contrats français ne faisaient point allusion à la notion de contrat d'adhésion et lorsque cette dernière fut finalement reprise par les rédacteurs des différents projets ultérieurs, la rédaction de sa définition fut extrêmement fluctuante¹³. L'adoption de l'ordonnance de réforme du droit des contrats de 2016 ne mit pas un terme à cette instabilité. Objet d'une incroyable saga législative, l'ancienne version de l'article 1110, alinéa 2 emprunta plusieurs fois la navette parlementaire¹⁴ et fut le sujet de joutes doctrinales sans pareil¹⁵. Le nœud du problème ? Le terme de « conditions générales » qui soulevait énormément d'interrogations quant à son sens, sa matérialité mais aussi ses conséquences sur le champ d'application du contrat d'adhésion. L'ancienne rédaction de l'article 1110, alinéa 2 définissait le contrat d'adhésion de la façon suivante : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Cette définition, promue par une minorité

¹² O. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations.

¹³ V. *infra* n°s 166, 172, 180, 186, 191, 195, 202.

¹⁴ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 578), n° 0022 du 11 oct. 2017, p. 30 et s. (Sénat) ; Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315), n° 429 du 29 nov. 2017, p. 36 et s. (Ass. Nat.) ; Rapport de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 154), n° 247 du 24 janv. 2018, p. 11 et s. (Sénat) ; Rapport de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 629), n° 639 du 7 fév. 2018, p. 13 et s. (Ass. Nat.) ; Rapport de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, n° 352, p. 3-4.

Les différents rapports sont tous disponibles sur le site de l'Assemblée Nationale à l'adresse suivante : < <https://www2.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/DLR5L14N35818?etape=14-SN1-DEPOT>>.

¹⁵ **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. « Réforme du droit des obligations : loi de ratification, saison 2 », *Dalloz actual.*, déc. 2017 ; **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.*, fév. 2018, n° 6, p. 309, spéc. p. 309-310 ; **CHENEDE (F.)**. « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres : vers de justes compromis ? », *AJ Contrat*, janv. 2018, n° 1, p. 25, spéc. p. 27 ; **DELPECH (X.)**. « “Réforme de la réforme” du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision », *AJ Contrat*, mars 2018, n° 2, p. 52 ; **MEKKI (M.)**. « Droit des contrats », *D.*, fév. 2018, n° 7, p. 371, spéc., p. 376 ; **REVET (T.)**. « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, janv. 2018, n° 3, p. 124.

doctrinale, avait pour ambition de limiter le champ d'application du contrat d'adhésion aux seuls contrats de masse, entendre aux seuls contrats de consommation¹⁶. Pour certains, il était hors de question d'y inclure les contrats conclus entre professionnels, et plus particulièrement les contrats de dépendance¹⁷. Il s'agissait alors pour le législateur de décider de l'étendue de la protection qu'il souhaitait accorder aux contractants, et de la portée qu'il voulait attribuer à la notion de contrat d'adhésion et, par extension, à son régime.

La nouvelle définition du contrat d'adhésion traduit donc l'intention du législateur d'étendre la protection à tout contractant, peu important sa qualité, qui aurait été dans l'impossibilité de négocier les termes du contrat unilatéralement déterminés par son cocontractant. Cette nouvelle définition, qui remplace, fort heureusement, la précédente version de l'alinéa 2 de l'article 1110, se lit comme suit : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminables à l'avance par l'une des parties ». Elle s'oppose à l'alinéa 1^{er} du même article qui définit le contrat de gré à gré de la façon suivante : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties ». Désormais, un professionnel averti, au même titre qu'un consommateur, et même un particulier, peuvent voir leur contrat être qualifié de contrat d'adhésion. Le mode de formation du contrat ne se confond pas avec la qualité du contractant si bien que la protection accordée par le droit commun des contrats ne dépend pas d'elle. Notons que la définition française du contrat d'adhésion présente indubitablement un air de famille avec l'alinéa 1^{er} de l'article 1379 du Code civil du Québec qui dispose que : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ». L'alinéa 2 précise ensuite que : « Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré ».

4. Présentation du régime du contrat d'adhésion. L'introduction de la notion de contrat d'adhésion au sein du Code civil ne s'est pas faite sans l'intégration de son régime. Or, ce dernier fut également l'objet de revirements et souffrit d'incertitudes¹⁸. Globalement,

¹⁶ CHENEDE (F.). « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyses et principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016*, Paris : LexisNexis, 2016, p. 71.

¹⁷ *Ibid.*, p. 70.

¹⁸ V. *infra* n^{os} 164, 170, 178, 184, 189 et s., 194.

le processus de réforme du droit des contrats avait le choix de suivre deux directions différentes : soit la notion de contrat d'adhésion était introduite sans son régime (avec les questions qui s'en suivaient concernant l'utilité de la notion), soit ce dernier n'était pas limité à la qualification de contrat d'adhésion mais englobait tous les contrats. Il en allait particulièrement de la règle visant à lutter contre les clauses abusives qui, pendant un temps, visait aussi bien les clauses d'un contrat d'adhésion que celles d'un contrat négocié. Seule la règle de l'interprétation contre le rédacteur du contrat a été continuellement associée au contrat d'adhésion. L'ordonnance du 10 février 2016 corrigea finalement la situation en liant la lutte contre les clauses abusives à la qualification de contrat d'adhésion¹⁹. C'est ainsi que l'article 1171 prévoit que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite./ L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». L'article 1190 précise, quant à lui, 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 ». Bien que la référence aux « conditions générales » ait été totalement évincée de la définition du contrat d'adhésion, il demeure que l'article 1119 peut également être cité au titre des dispositions composant le régime du contrat d'adhésion. Ce dernier 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 les conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet./ En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières ». Toutes ces dispositions ne sont pas sans rappeler celles du Code civil du Québec qui intègre également le régime du contrat d'adhésion au sein du droit commun des contrats. On y retrouve un trio composé de l'article 1435²⁰, qui encadre la clause

¹⁹ V. *infra* n° 204.

²⁰ Art. 1435 C.c.Q. : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties./ Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance ».

externe, de l'article 1436²¹, qui sanctionne la clause illisible ou incompréhensible, et de l'article 1437²², qui lutte contre l'insertion des clauses abusives.

5. *Un sujet de thèse paradoxal ?* L'on peut remarquer que le régime du contrat d'adhésion, qu'il soit français ou québécois, reprend les deux règles phares proposées par les premiers travaux de recherche destinés à apporter une réponse au déséquilibre obligationnel dont pouvait faire état le contrat d'adhésion. En ce sens, le régime contemporain du contrat d'adhésion est animé par la même exigence qui était partagée par les auteurs des premières thèses consacrées au contrat d'adhésion : celle de promouvoir une meilleure justice contractuelle, en corrigeant le déséquilibre découlant de la conclusion d'un contrat d'adhésion et en protégeant la partie vulnérable au contrat. Le contrat d'adhésion semble donc entretenir avec la justice contractuelle un lien étroit qu'il nous a paru intéressant de décrypter tout au long de nos travaux pour mieux le comprendre et vérifier sa pertinence. Cela étant dit, nous ne sommes pas sans savoir que l'articulation de notre sujet de thèse sonne comme un paradoxe. Contrat d'adhésion et justice contractuelle : n'y a-t-il pas quelque chose de contradictoire à associer deux notions qui semblent antithétiques ? Comment un outil, potentiellement utilisé pour l'exploitation de l'une des parties contractantes, peut-il être associé au principe de la justice contractuelle ? En réalité, le paradoxe se situe dans ce potentiel qui traverse toute l'histoire de la notion de contrat d'adhésion qui est une « histoire complexe animée par un mouvement dialectique », écrit le professeur Chazal²³. « Si, dans un premier temps, précise l'auteur, il [le contrat d'adhésion] a été perçu comme un instrument de domination des économiquement faibles, le législateur l'a, dans un deuxième temps, beaucoup utilisé pour protéger les consommateurs, en imposant aux professionnels des réglementations impératives et des clauses contractuelles déterminées. Enfin, poursuit l'auteur, dans un troisième temps, la généralisation de l'utilisation du contrat d'adhésion a permis aux entreprises puissantes de réaliser de substantielles économies par la suppression des coûts de négociation. Le parcours du

²¹ Art. 1436 C.c.Q. : « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent ».

²² Art. 1437 C. c. Q. : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. / Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce que qu'exige la bonne foi ; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

²³ CHAZAL (J.-P.). *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble II, 1996, p. 184, n° 54.

contrat d'adhésion est donc chaotique et ambigu, conclut l'auteur : il est à la fois un instrument de domination au service des professionnels, et un instrument de protection au service des consommateurs »²⁴. Le contrat d'adhésion serait donc un promoteur de la justice contractuelle. Mais de quelle justice contractuelle s'agit-il exactement ? Pour mener à bien l'étude du lien qui unit étroitement le contrat d'adhésion à la justice contractuelle, il nous faut, au préalable, cerner avec précision la notion de justice contractuelle qui, nous allons le voir, ne se limite pas à garantir l'équivalence des prestations d'un contrat mais vise un équilibre plus grand.

6. La justice, une notion polysémique. « La justice est une des notions les plus prestigieuses de notre univers spirituel »²⁵, écrit Perelman qui la considère comme une valeur universelle²⁶. Peu importe que nous soyons croyants ou non, révolutionnaires ou pas, « chacun invoque la justice et nul n'ose la désavouer »²⁷. Sur un champ de bataille comme au tribunal, les adversaires se réclament de la justice et défendent tous deux une cause qu'ils croient juste. D'emblée, de par cette opposition, l'on comprend que la justice peut faire l'objet d'au moins deux conceptions différentes. En effet, Perelman, reprenant l'idée de Dupréel, affirme que : « chacun serait libre de définir la justice comme cela lui plaît, comme cela convient à ses propres intérêts [...] »²⁸. Si la justice est une valeur universelle, « il est urgent de signaler que c'est aussi une notion confuse »²⁹. Elle devient d'autant plus indéfinissable que le mot « justice » fait partie de ces termes dont nous abusons très facilement en raison de sa grande plasticité³⁰. Demogue n'en relève pas moins de cinq sens différents : « Pendant longtemps on a cherché de la justice des définitions précises, relève l'auteur. Pour les uns, cela est juste qui procure plus de plaisir à qui commet cet acte que de peines aux autres ; pour d'autres la justice, c'est l'équité et la charité. Pour d'autres, c'est une certaine valeur donnée à l'homme avec la possibilité pour certains d'obtenir davantage. Pour d'autres encore, poursuit l'auteur, c'est une certaine égalité entre les hommes qui fait que chaque adulte recueille les résultats de sa propre nature et des actes qui en sont la

²⁴ CHAZAL (J.-P.). *De la puissance économique en droit des obligations*, op. cit., p. 184, n° 54.

²⁵ PERELMAN (C.). *Droit, morale et philosophie*, préf. VILLEY (M.), 2^e éd., Coll. Biblio. de philo. de droit, vol. VIII, Paris : LGDJ, 1976, p. 16.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p. 17.

²⁹ *Ibid.*, p. 16.

³⁰ DEMOGUE (R.). *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : Ed. La Mémoire du droit, 2001, p. 119.

conséquence. Ou encore, conclut Demogue, c'est une forme de la liberté impliquant la reconnaissance du droit de chaque homme à des activités libres de toute entrave ainsi qu'aux avantages qu'elle lui procure »³¹. Dès lors, « les difficultés de cerner l'idée de justice sont indéniables [...] »³², affirme Batiffol. Revenir à la source nous permettrait certainement de trouver des clefs de lecture aptes à favoriser une meilleure compréhension de cette notion fondamentale.

7. La conception aristotélicienne de la justice. Notre point de départ n'est nul autre que l'œuvre incontournable, devenue emblématique pour les spécialistes du droit des contrats, qu'est l'*Ethique à Nicomaque*³³. Lorsqu'Aristote rédigea le *Livre V* de cette fresque philosophique, il avait pour ambition de décrire les comportements et interactions des individus composant la société dans laquelle il vivait. Il a donc entrepris, entre autres, de recenser les actes de méchanceté, de cupidité, ou encore les transgressions à la loi faites par les Hommes mais aussi leurs actes de courage, de bienveillance et de bonté. Les premiers seront qualifiés d'injustes (car illégaux et inégaux) tandis que les seconds seront dits justes (car légaux et égaux). Partant, Aristote ne faisait pas référence à la justice en tant qu'institution. Il renvoyait plus simplement à un trait de caractère qui habite, ou non, les Hommes et les pousse à être justes, ou pas, dans leur comportement. Pour Aristote, la justice est avant tout une vertu³⁴. Elle « exprime généralement la moralité, la conformité de la conduite d'un individu à la loi morale »³⁵, explique Michel Villey. Cette loi morale prendrait forme dans le choix de l'un de vouloir « le bien d'autrui »³⁶, de faire preuve de « vertu envers autrui »³⁷, d'entretenir des rapports bons avec autrui³⁸. Cette vertu particulière qu'est la justice ne serait qu'une composante de ce qu'Aristote appelle la « justice générale » qui renverrait à une idée d'ordre, d'harmonie, ou de bonnes relations aux autres, à la Cité ou même un rapport harmonieux avec le Cosmos³⁹.

³¹ DEMOGUE (R.). *Les notions fondamentales du droit privé, op. cit.*, p. 120.

³² BATIFFOL (H.). *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, p. 402.

³³ ARISTOTE. *Sur la justice – Ethique à Nicomaque, Livre V*, Paris : Flammarion, 2008, 126 p.

³⁴ *Ibid.*, p. 66 et s.

³⁵ VILLEY (M.). *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, p. 46, n° 31.

³⁶ *Ibid.*, p. 56, n° 41.

³⁷ DESPOTOPOULOS (C.). « La notion de *synallagma* chez Aristote », *APD*, t. 13, 1968, p. 115.

³⁸ CHARPENTIER (E.). « Les fondements historiques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *C. de D.*, mars 2004, vol. 45, n° 1, p. 72.

³⁹ VILLEY (M.). *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 47, n° 31.

De ce constat, Aristote distingue l'Homme juste, donc vertueux, de l'Homme injuste, capable de vice. L'Homme vertueux est prompt à réaliser un acte juste, c'est-à-dire qu'il est « capable d'exécuter, comme il l'a décidé, ce qui est juste, et [est] capable de partager entre lui et quelqu'un d'autre ou entre un autre et ses semblables, non pas de manière à s'attribuer la plus grande part de ce qui est préférable, tout en laissant la plus petite à son voisin, ni en procédant à l'inverse quand il faut s'attribuer une part de ce qui est dommageable, mais de manière à prendre une part égale proportionnellement et en procédant encore de la même façon quand il s'agit de partager entre deux autres seulement »⁴⁰. L'Homme dépravé est plus enclin à commettre un acte injuste, c'est-à-dire un acte « excessif et déficient en répartissant ce qui est utile ou nuisible hors de proportion. Aussi bien l'injustice est-elle ensemble excès et défaut, poursuit Aristote, puisqu'elle porte à ceci et à cela. Pour soi-même, elle cherche à l'excès ce qui est simplement utile, mais trop peu ce qui est nuisible et, dans le cas des autres, elle se présente globalement avec les mêmes travers, mais elle conduit à la disproportion aussi bien dans un sens que dans l'autre, comme ça se présente »⁴¹. En résumé, la justice, selon Aristote, est mesure et équilibre, pondération et égalité tant dans les actes que les Hommes sont amenés à passer entre eux que dans leur comportement et attitude les uns envers les autres.

8. Les justices commutative et distributive. Cette conception globale de la justice a tendance à être écartée par la doctrine contractualiste qui focalise son attention sur une partie du *Livre V* de l'*Ethique à Nicomaque*. En effet, elle concentre son étude sur la distinction, désormais classique, entre justice distributive et justice commutative. La première a pour objectif d'éviter les disputes et les plaintes, « soit que des parts inégales se trouvent attribuées à des personnes égales, soit que des personnes inégales se trouvent en possession de parts égales lors des distributions »⁴². La justice distributive « s'attache à la répartition des richesses, des honneurs et des charges en fonction d'une égalité dite proportionnelle : "elle cherche donc à déterminer un rapport, le rapport convenable entre des choses distribuées entre des personnes" »⁴³. Dit autrement, « la justice distributive

⁴⁰ **ARISTOTE.** *Sur la justice – Ethique à Nicomaque, Livre V, op. cit.*, p. 66-67.

⁴¹ *Ibid.*, p. 67.

⁴² *Ibid.*, p. 48.

⁴³ **CHARPENTIER (E.).** « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *art. préc.*, p. 73.

répartit un bénéfice ou une charge suivant un critère de distinction établi »⁴⁴. Il en va, par exemple, des allocations versées aux personnes à revenus modestes. Suivant un critère défini, certaines personnes bénéficieront d'allocations plus importantes que d'autres. La justice distributive se manifeste donc dans une répartition et non pas un échange, et se traduit par une égalité géométrique, c'est-à-dire une proportionnalité et non pas une stricte équivalence. Cette dernière est du ressort de la justice commutative, qu'Aristote qualifie de correctrice⁴⁵. « Dans les rapports contractés entre personnes, en revanche, écrit Aristote, c'est une sorte d'égalité, certes, et ce qui est injuste, une sorte d'inégalité, mais l'égalité ne traduit pas la proportionnalité exigée dans le premier cas : elle traduit au contraire la proportion arithmétique »⁴⁶. La justice commutative tend donc vers un « échange de choses qui devaient, en principe, avoir la même valeur »⁴⁷. Elle suppose une équivalence des prestations, une égalité appréciée en termes de quantité. Comme l'explique un auteur, la justice commutative « se concentre sur une quantité qui appartient de droit à l'une des parties mais qui est maintenant placée à tort entre les mains de l'autre partie, et doit ainsi impérativement revenir à son propriétaire légitime »⁴⁸. Ainsi entendue, la justice commutative est perçue à travers une opération, une transaction, un échange qui conduit, pour l'une des parties, à un gain et pour l'autre, à une perte⁴⁹. Partant, lorsque l'on se réfère à une valeur, l'on renvoie très souvent à une valeur numérique, chiffrée. Lorsque l'on pense

⁴⁴ **WEINRIB (E.J.)**. « Corrective Justice », in *Aristotle and Modern Law*, BROOKS (R.O.), MURPHY (J.B.), Harts : Dartmouth, Burlington : Ashgate, 2003, p. 450.

⁴⁵ Il n'est pas rare de voir certains auteurs parler de « justice correctrice » alors que leurs développements se rapprochent de la « justice commutative ». La justice commutative concernerait l'échange, le *synallagma* le plus basique. Elle induit une équivalence des prestations au contrat. La justice correctrice, quant à elle, aurait pour objet de réparer une faute. Ainsi, cette conception de la justice aurait plus de résonance dans le domaine de la responsabilité civile. Sur cette question, v. spéc. **GREGOIRE (M.A.)**. *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Coll. Minerve, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 32 ; **WEINRIB (E.J.)**. « Corrective Justice in a Nutshell », *U. of T. L. J.*, 2002, vol. 52, n° 4, p. 349.

⁴⁶ **ARISTOTE**. *Sur la justice – Ethique à Nicomaque, Livre V, op. cit.*, p. 53-54.

⁴⁷ **CHARPENTIER (E.)**. « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *art. préc.*, p. 72.

⁴⁸ **WEINRIB (E.J.)**. « Corrective Justice », *art. préc.*, p. 450 : « It focuses on a quantity that represents what rightfully belongs to one party but is now wrongly possessed by another party and therefore must be shifted back to its rightful owner ».

⁴⁹ **WEINRIB (E.J.)**. « Corrective Justice in a Nutshell », *art. préc.*, p. 349.

Cependant, il est intéressant de relever que cet auteur propose une autre interprétation de la justice commutative qui vient quelque peu renverser la conception traditionnelle. Selon lui, la conception aristotélicienne de l'égalité ne suppose pas une égalité de valeur ou de quantité mais une égalité de droit, de liberté. « Les parties ne sont pas égales dans la quantité/valeur des biens qu'elles possèdent mais sont égales à titre de propriétaires » (**WEINRIB (E.J.)**. « Corrective Justice », *art. préc.*, p. 450). Etant égales sur ce niveau, chacune des deux parties serait alors titulaire d'un droit qui leur permettrait de négocier les termes de leur contrat sur un même pied d'égalité. Partant, ce serait ce le non-respect de ce droit que chercherait à corriger la justice commutative.

à la justice commutative, on se la représente souvent comme une balance des comptes dont les plateaux seraient parfaitement équilibrés grâce à des poids équivalents⁵⁰.

9. La conception classique de la justice contractuelle. Traditionnellement, la définition donnée et partagée de la justice contractuelle⁵¹ se prévaut de la conception aristotélicienne de la justice commutative. En ce sens, la justice contractuelle cherche invariablement à maintenir l'équivalence des patrimoines des parties au contrat. Elle s'affirme comme un principe garant de ce que chacun puisse recevoir une part équivalente dans l'échange conclu. Le principal promoteur de cette conception de la justice contractuelle est le professeur Ghestin qui, également inspiré par la doctrine canoniste⁵², considère exclusivement la justice contractuelle comme l'équivalence des prestations du contrat conclu. Dans son célèbre article intitulé « L'utile et le juste dans les contrats », dans lequel il expose sa théorie selon laquelle la force obligatoire du contrat reposerait sur les fondements de l'utilité et de la justice contractuelle, le professeur Ghestin donne de cette dernière la définition suivante : « La justice contractuelle conduit à exiger que le contrat ne détruise pas l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne »⁵³. Bien qu'il reconnaisse le rôle joué par la justice distributive en droit des contrats, en permettant notamment au législateur d'accorder une protection spécifique à une catégorie socioprofessionnelle particulière⁵⁴, le professeur Ghestin soutient que : « ce n'est pas cependant cet aspect de la justice qui est le plus spécifique du contrat. En matière contractuelle, c'est la justice commutative ou correctrice qui joue le rôle le plus caractéristique »⁵⁵. Cette lecture très mécanique⁵⁶ de la justice contractuelle est intrinsèquement liée au fait que le contrat soit principalement perçu dans sa fonction d'échange de biens et de services⁵⁷. Il est donc

⁵⁰ **GORDLEY (J.)**. « Equality in Exchange », in *Aristotle and Modern Law*, *op. cit.*, p. 95.

⁵¹ Nous souhaitons avertir le lecteur qu'il ne s'agit pas de la justice contractuelle telle qu'entendue en droit de la procédure civile. Notre étude en est une exclusivement de droit des contrats et ne s'aventurera pas sur le terrain des procédures amiables de règlement des litiges. Sur cette question, v. **CADIET (L.)**. « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 177.

⁵² **GHESTIN (J.)**. « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 415.

⁵³ **GHESTIN (J.)**. « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, janv. 1982, n° 1, p. 6. V. égal. **GHESTIN (J.)**. « Atelier III : les obligations – la justice contractuelle », in *Codification : valeurs et langage*, *op. cit.*, p. 312.

⁵⁴ **GHESTIN (J.)**. « L'utile et le juste dans les contrats », *art. préc.*, p. 5.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ **SERIAUX (A.)**. « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, op. cit.*, p. 783, note de bas de page n° 38.

⁵⁷ **GHESTIN (J.)**. « La notion de contrat », *D.*, juin 1990, n° 23, p. 150.

naturel que le contrat soit « soumis au principe de justice commutative »⁵⁸. Cependant, le contrat est-il seulement un échange de prestations ? On rejoint ici le problème plus général de la notion de contrat que le professeur Poughon résume ainsi : « doit-on définir [le contrat] comme la réciprocité des prestations et mettre ainsi en relief l'aspect économique de l'échange, ou doit-on plutôt mettre l'accent sur la réciprocité des obligations ? »⁵⁹. Si l'on choisissait de penser le contrat de cette façon, l'on ne placerait plus le curseur sur le seul aspect économique du contrat mais sur son contenu obligationnel, composé de « tous les pouvoirs, les prérogatives, libertés, facultés, charges, etc., les uns comme les autres se traduisant souvent juridiquement tantôt par un droit, tantôt par une obligation, compris au sens large »⁶⁰. Le contrat ne serait donc plus seulement le réceptacle d'un échange économique mais le « lieu d'échange de droits et d'obligations réciproques [...] »⁶¹. Comme un auteur l'avait souligné il y a maintenant quelques années, derrière le contrat, derrière l'obligation, on y verrait le lien, le lien social⁶². . . Cela ne serait pas sans conséquence pour la justice contractuelle qui verrait enfin son sens être élargi. En plus de garantir l'équivalence des prestations, la justice contractuelle embrasserait sa fonction plus large de gardienne de l'équilibre du contenu du contrat unissant deux contractants. Cherchant une réponse satisfaisante à sa question, le professeur Poughon constatait, à l'époque, que la querelle était encore loin d'être close⁶³. Se pourrait-il que l'introduction du contrat d'adhésion au sein du droit commun des contrats soit susceptible de contribuer à l'apaiser quelque peu ? A cette question, nous pensons qu'il est possible d'y répondre par l'affirmative. Cependant, il faut être prêt à élargir notre conception de la justice contractuelle.

10. Dépasser la conception classique de la justice contractuelle. Peut-on, aujourd'hui encore, affirmer que c'est la justice commutative qui joue le rôle le plus caractéristique en droit des contrats ? Nous n'en sommes pas sûre. Au contact du contrat d'adhésion, les frontières entre justice commutative et justice distributive se brouillent.

⁵⁸ **GHESTIN (J.)**. « La notion de contrat », *D.*, juin 1990, n° 23, p. 150.

⁵⁹ **POUGHON (J.-M.)**. *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. BAUD (J.-P.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1987, p. 2, n° 4.

⁶⁰ **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif*, préf. FERRIER (N.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2021, p. 298, n° 384.

⁶¹ *Ibid.*, p. 6, n° 5.

⁶² **VERKINDT (P.-Y.)**. « Préface », in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), Coll. Droit & Société, Paris : LGDJ, 2007, p. 8.

⁶³ **POUGHON (J.-M.)**. *Ibid.*

L'intégration du contrat d'adhésion et de son régime au sein du Code civil, tant français que québécois, participe de l'affirmation de la justice distributive comme grille de lecture du nouveau droit des contrats. En effet, les règles protectrices composant le régime du contrat d'adhésion prennent en considération la qualité de l'adhérent pour, dans l'idéal, redistribuer proportionnellement les prérogatives contractuelles. Dès lors, l'on peut parler de « recrudescence de la justice distributive » aussi bien en France⁶⁴ qu'au Québec⁶⁵. En conséquence, certains auteurs ont proposé de dépasser la fâcheuse distinction, jusqu'à alors radicale⁶⁶, entre ces deux sous-divisions de la justice et « admettre la dualité des deux formes de justice dans la théorie générale du contrat, chacune expliquant des règles différentes »⁶⁷. En effet, justice commutative et justice distributive ont pu être appréciées comme des principes contradictoires, une large préférence étant donnée, comme nous l'avons vu, à la première pour caractériser l'essence du droit des contrats⁶⁸. Or, « justice commutative et justice distributive coexistent »⁶⁹. Le droit, s'il a pour objectif de tendre vers la justice commutative, doit également assurer la justice distributive⁷⁰. Certes, une distinction existe entre la justice commutative et la justice distributive. Comme nous l'avons précédemment souligné, toutes deux ne recouvrent pas le même domaine. Toutefois, ces deux types de justice constituent un sous-ensemble formant la justice particulière, elle-même composante d'un tout plus grand : la justice, entendue comme vertu. La justice commutative n'est donc pas une fin en soi⁷¹ si bien qu'elle ne devrait pas être l'unique objectif vers lequel tend la justice contractuelle⁷². Partant, si l'on souhaite faire de la justice

⁶⁴ **FIN-LANGER (L.)**. *L'équilibre contractuel*, préf. THIBIERGE (C.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2002, p. 96, n° 129 : l'auteur cite l'exemple de la lutte contre les clauses abusives. Toutefois, elle rattache cette mesure de protection de la partie vulnérable à la justice commutative. Or, nous pouvons défendre l'idée que la lutte contre les clauses abusives relève plus de la justice distributive que de la justice commutative. De fait, « les justes causes d'inégalité dans l'attribution des prérogatives juridiques ont pour contrepartie la légitimité dans l'inégalité de traitements face aux règles de responsabilité auxquelles ces mêmes prérogatives exposent leur titulaire. Partant, la préservation de l'équilibre inhérent à chaque qualité juridique – ou situation juridique – entre l'étendue des prérogatives juridiques qu'octroie une telle qualité, et la responsabilité qu'elle impose, est du domaine de la justice distributive » (**FROMION-HEBRARD (B.)**). « Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine », *Petites Affiches*, mai 2000, n° 100, p. 33, n° 15).

⁶⁵ **LEFEBVRE (B.)**. « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *C. de D.*, mars 1996, vol. 37, n° 1, p. 18. V. égal. **GREGOIRE (M.A.)**. *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ **CHAZAL (J.-P.)**. *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996, p. 51, n° 15.

⁶⁷ **FIN-LANGER (L.)**. *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*, p. 96, n° 129.

⁶⁸ **SERIAUX (A.)**. *Droit des obligations*, 2^e éd., Coll. Droit fondamental, Paris : PUF, 1998, p. 761.

⁶⁹ **CHARPENTIER (E.)**. « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *art. préc.*, p. 72 ; **MAZEAUD (H.), (L.), (J.), CHABAS (F.)**. *Leçons de droit civil : introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 27, n° 8.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 28, n° 8.

⁷¹ **BERTHIAU (D.)**. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX (J.-L.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1999, p. 171, n° 308.

⁷² *Ibid.*, p. 172, n° 310.

contractuelle un principe général du droit des contrats, il est nécessaire de l'envisager dans son acception la plus pleine et entière, c'est-à-dire en combinant la justice commutative et la justice distributive. René Demogue nous avait mis en garde : « une seule conception de la justice est ordinairement insuffisante pour décider de tout »⁷³. Il est évident que le droit des contrats s'en trouvera bouleversé⁷⁴. Ces différentes orientations participent du renouvellement du droit des contrats, de sa modernisation et de son adaptation aux enjeux contractuels contemporains. Les manifestations de la justice distributive ne se contentent plus d'être ponctuelles et les ignorer ne permettrait pas de satisfaire à l'objectif de rééquilibrage nécessaire du droit des obligations. En l'occurrence, il est aujourd'hui impossible de nier l'existence et la portée de ces diverses manifestations qui sont toutes plus ou moins fortement liées à la notion de contrat d'adhésion. L'idéal de protection de la partie vulnérable⁷⁵ qui anime désormais le droit commun des contrats est, entre autres, si ce n'est surtout, motivé par l'encadrement des effets potentiellement abusifs du contrat d'adhésion. Or, cette nouvelle dynamique du droit des obligations n'a pas unanimement convaincu le monde juridique.

11. Le contrat d'adhésion, une notion peu convaincante ? L'introduction du contrat d'adhésion au sein du Code civil français n'a pas suscité un très grand enthousiasme auprès de la doctrine. « Est-ce une bonne idée ? »⁷⁶, s'est-elle demandée. Si certains auteurs se sont inquiétés de son « avenir incertain »⁷⁷ quant à l'articulation qui devra être opérée entre le régime de droit commun du contrat d'adhésion et celui du droit spécial, d'autres ont remis en cause son opportunité et son utilité⁷⁸, convaincus que le contrat d'adhésion

⁷³ DEMOGUE (R.). *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 132.

⁷⁴ SERIAUX (A.). *Droit des obligations*, op. cit., p. 762.

⁷⁵ Nous faisons référence ici à la vulnérabilité « structurelle » ou « systémique » définie par la professeure Grégoire comme étant non pas une vulnérabilité propre à l'individu mais découlant du système, des circonstances qui entourent les relations contractuelles qu'il est susceptible de nouer. Un contractant peut tout à fait être capable tout en étant vulnérable face à un contractant en position de force (GREGOIRE (M.A.). « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec ? Quand l'effectivité du droit ne rime pas avec efficacité », in *Les oubliés du Code civil du Québec*, CARON (V.), BERTHOLD (G.-A.), DESLAURIERS-GOULET (C.), TORRES-CEYTE (J.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2015, p. 34.

⁷⁶ BOFFA (R.). « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 736, n° 1.

⁷⁷ LATINA (M.). « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 21, n° 48.

⁷⁸ GENICON (T.). « Conjurer la “faiblesse obligatoire” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *art. préc.*, p. 13, n° 7, spéc. note de bas de page n° 22 : l'auteur regrette que la terminologie du contrat d'adhésion ait été adoptée et propose un autre choix qu'il pense avoir pu être adopté par le législateur, à savoir opposer la qualité des parties. Il y aurait, d'un côté, eu un droit commun des contrats libéral (toujours fondé sur le traditionnel principe de l'égalité des parties) et, de l'autre, il y aurait eu les droits spéciaux visant à protéger des catégories de contractants faibles. Nous pouvons penser que retenir une telle proposition aurait eu pour conséquence de faire avorter l'intérêt de la réforme du droit commun des contrats qui avait pour objectif de faire de nouveau de celui-ci le

est une notion « fuyante »⁷⁹, « un tantinet absconse »⁸⁰ « datant des vieilles lunes »⁸¹ ; un simple « contrat spécial »⁸² en rien exceptionnel⁸³ qui se serait trop longtemps « perdu dans les sables »⁸⁴ et qui aurait dû demeurer une notion doctrinale⁸⁵. « Non seulement la notion de contrat d'adhésion déroute, écrit Madame Péglion-Zika, mais elle inquiète aussi »⁸⁶. « Imprécise », elle aurait le potentiel de devenir une grave source d'insécurité, spécialement dans les rapports entre professionnels »⁸⁷. Cette imprécision de la notion se répercuterait sur la définition qui en est donnée. Totalement « floue » et « médiocre », cette dernière ne serait que le « fruit amer du conceptualisme »⁸⁸. Réfractaires à l'insertion au sein du nouveau droit des contrats d'une notion qui, au fond, ne serait pas juridique mais sociologique⁸⁹, le scepticisme de ces auteurs n'a naturellement pas manqué de déteindre sur le régime qui lui est associé. Jugé redondant, ce régime, telle une « voiture-balai »⁹⁰, n'a pas manqué d'être déprécié pour son champ d'application *a priori* extrêmement limité⁹¹. Que reste-t-il à ce nouveau régime de droit commun lorsque la majorité des déséquilibres contractuels sont

noyau dur du droit des contrats, le tronc commun qui contient toutes les notions souches de la matière. Une telle hypothèse aurait également eu pour effet d'envenimer l'articulation entre droit commun et droit spécial. Cela est particulièrement vrai pour la protection de la partie faible : le droit commun des contrats avait tout intérêt à prendre en considération cette problématique urgente. En ce sens, v. **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 30-32, n^{os} 36 et s.

⁷⁹ **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. « Un défi pour le droit des contrats : les qualifications contractuelles incertaines », *art. préc.*, p. 25, n^o 7.

⁸⁰ **HOUTCIEFF (D.)**. « Les clauses abusives abusées par la cause », *Gaz. Pal.*, avr. 2016, n^o 16, p. 26.

⁸¹ **HOUTCIEFF (D.)**. « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, BROS (S.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Inisut Universitaire Varenne, 2018, p. 66.

⁸² **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. *Ibid.*, p. 23, n^o 2.

⁸³ **FORRAY (V.)**. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. PIGNARRE (G.), Paris : LGDJ, 2007, p. 276, n^o 391.

⁸⁴ **BENABENT (A.)**. « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *Petites Affiches*, mai 1998, n^o 54, p. 14.

⁸⁵ **WITZ (C.)**. « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, oct. 2015, n^o 35, p. 2021.

⁸⁶ **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. *Ibid.*, p. 25, n^o 7.

⁸⁷ **MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Droit des obligations*, Coll. Droit civil, MALAUURIE (P.), AYNES (L.) (dir.), 11^e éd., Paris : LGDJ, 2020, p. 226, n^o 237.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 224, n^o 237.

⁸⁹ **CHAZAL (J.-P.)**. *De la puissance économique en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 185, n^o 56 ; **MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 225, n^o 237.

⁹⁰ **GENICON (T.)**. « Conjurer la « faiblesse obligatoire » du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *art. préc.*, p. 15, n^o 13.

⁹¹ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyse des principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016*, *op. cit.*, p. 77 ; **MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 225, n^o 237.

Contra : **LAGARDE (X.)**. « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.*, nov. 2016, n^o 37, p. 2176-2177 ; **MAZEAUD (D.)**. « Observations finales », *art. préc.*, p. 91, n^o 18.

corrigés par le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence⁹² ?

Sans pour autant remettre en cause la nécessité pour le droit commun des contrats de prendre en considération les situations de déséquilibres contractuels excessifs, d'autres auteurs ont proposé de déplacer le curseur pour le placer non pas sur le contrat d'adhésion mais sur la clause d'adhésion, ou les clauses dites « à contenu imposé »⁹³. En effet, « pourquoi qualifier un contrat lorsque l'on cherche à soumettre ses clauses au contrôle judiciaire ? »⁹⁴. Il serait certainement plus simple, et surtout plus judicieux, de se concentrer sur la clause d'adhésion. C'est bien elle qui pose problème, et non pas le mode de formation du contrat⁹⁵. Cela permettrait au juge d'exercer un contrôle distributif des clauses du contrat sans chercher à le qualifier, et ainsi éviter le difficile exercice de qualification du contrat d'adhésion et échapper à la qualification de contrat hybride⁹⁶. Cette proposition est particulièrement intéressante et entièrement justifiée. En effet, nous reconnaissons qu'elle a le mérite de mettre l'accent sur ce qui pose réellement problème dans un contrat d'adhésion, à savoir son contenu qui peut receler des pièges pour la partie faible. Cela étant dit, retenir une telle solution aurait conduit à se priver de la charge doctrinale que véhicule la notion de contrat d'adhésion, son lien avec la justice contractuelle et ce que cela apporte

⁹² Nous avons délibérément fait le choix d'observer l'articulation du régime de droit commun du contrat d'adhésion sous le prisme de ces deux branches du droit en raison de leur influence majeure sur le droit des contrats et sa philosophie (**CHASSAGNARD-PINET (S.)**. « Le vocabulaire », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 587, n° 13 ; **REVEL (T.)**. « Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse) », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 630 ; **SASSOLAS (D.)**. « Les valeurs sociales et le Code civil », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Colloques & Essais, Institut Varenne, 2016, p. 117 et s., spéc. p. 119). Nous aurions pu retenir le droit du travail, le droit du bail commercial, ou encore les contrats bancaires comme illustrations spécifiques des différentes manifestations du contrat d'adhésion dans la pratique contractuelle. Cependant, le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence nous semblaient constituer des viviers riches d'enseignement et de perspectives pour l'étude de notre sujet et l'argumentation de notre thèse.

⁹³ **BICHERON (F.)**. « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n°s 119-120, p. 1329 ; **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif*, op. cit., p. 519, n° 681 ; **COIPEL (M.)**. « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », *R.J.T.*, 1990, vol. 24, n° 3, p. 500-501 ; **GRIMALDI (C.)**. « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *Petites Affiches*, oct. 2016, n° 215, p. 8, n° 14 ; **LAGARDE (X.)**. « Observations de Xavier Lagarde », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 75 ; **LEFEBVRE (B.)**. « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », in *Développements récents en droit des contrats*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2000, p. 9 ; **LE GAC-PECH (S.)**. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. MUIR WATT (H.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, p. 54, n° 98 ; **LICARI (F.-X.)**. « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Lamy droit civil*, janv. 2017, n° 144, p. 11 ; **PELLET (S.)**. « Contrat d'adhésion et négociation », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 75 et s. ; **PICOTTE (M.-A.)**. *Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion)*, op. cit., p. 82 et s. ; **WITZ (C.)**. « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 2021.

⁹⁴ **PELLET (S.)**. *Ibid.*, p. 75, n° 11.

⁹⁵ V. *infra* n°s 353 et s.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 75, n° 12.

au renouveau du droit des contrats. Si la notion de contrat d'adhésion, avec tout le bagage politique, sociologique, philosophique, historique et culturel qui l'accompagne, n'avait pas été intégrée dans le Code, la recodification du droit des contrats n'aurait pas eu la portée que nous lui connaissons aujourd'hui ; la justice contractuelle, pas le même poids. C'est indubitable : le couple fonctionne ensemble. Le contrat d'adhésion, potentiellement déséquilibré dans son contenu, mobilise des règles qui composent un régime fortement teinté de justice contractuelle dont l'objectif est de gommer les effets indésirables de ce mode de formation de la relation contractuelle.

12. Un changement de paradigme significatif. En conséquence, retenir une telle proposition aurait été peu judicieuse. Renoncer à l'intégration de la notion de contrat d'adhésion aurait été une opportunité manquée de profiter des enseignements tirés de son bagage ontologique riche. A lui seul, le contrat d'adhésion constitue une « révolution »⁹⁷ et l'une des réussites les plus remarquables de la réforme du droit des contrats⁹⁸. Pourquoi ? Parce que l'intégration du contrat d'adhésion et de son régime au sein du Code civil emporte une « charge symbolique »⁹⁹ et entraîne un « changement d'esprit »¹⁰⁰. Le contrat d'adhésion « renverse un imaginaire » pour en « réinvent[er] un autre »¹⁰¹. En somme, il devient le catalyseur d'un « changement de paradigme »¹⁰². Mais de quel paradigme s'agit-il ? Un paradigme est un modèle de pensée, une conception théorique dominante qui a cours à une certaine époque dans une communauté scientifique. Il va sans dire que la conception théorique dominante du contrat n'a pas fait l'objet d'une transformation essentielle à la suite

⁹⁷ MAZEAUD (D.). « Observations finales », *art. préc.*, p. 90, n° 17.

⁹⁸ FENOUILLET (D.). « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 358-359, n° 3. REVET (T.). « Une philosophie générale ? », *RDC*, avr. 2016, n° H.-S., p. 7, n° 6 ; REVET (T.). « A propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau code civil" », *D.*, mai 2019, n° 18, p. 1012, n° 4.

⁹⁹ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.). *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 134, n° 147 ; DISSAUX (N.), JAMIN (C.). *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris : Dalloz, 2016, p. 71.

¹⁰⁰ CHANTEPIE (G.). « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJ Contrat*, mars 2015, n° 3, p. 121.

¹⁰¹ GEA (F.). « Introduction : sous le Code (civil), la doctrine », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, TAHC, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 11.

¹⁰² BELANGER (A.), TABI TABI (G.). « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *C. de D.*, sept. 2006, vol. 47, n° 3, p. 433 ; CHAZAL (J.-P.). « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 31-32 ; ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.). « L'interprétation du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 146, n° 3 ; GREGOIRE (M.A.). « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 29 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.). « Le contenu du contrat : le renouvellement de l'objet et de la cause », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 100.

de la réforme de 2016. Le professeur Revet le constate : « Aucune rupture n'est donc entreprise par la réforme de 2016-2018 : tout au contraire, cette réforme s'inscrit dans le plus grand classicisme contractuel »¹⁰³. En ce sens, nous avons conscience que l'insertion du contrat d'adhésion ne bouleverse pas les fondements de la théorie générale¹⁰⁴ du contrat qui demeure implantée sur ses piliers traditionnels, à savoir le principe constitutionnel de la liberté contractuelle¹⁰⁵ et le bastion imprenable de l'autonomie de la volonté¹⁰⁶. Qui plus est, ces deux boussoles du droit des contrats font désormais partie des dispositions liminaires de la matière. En ce sens, elles donnent le ton et éclairent sur le sens à donner aux dispositions du droit commun des contrats¹⁰⁷. L'article 1102, alinéa 1^{er} dispose 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 » tandis que l'article 1103 reprend l'antienne de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1134 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Le discours contractuel, qui englobe à la fois le discours normatif, mais aussi doctrinal et pratique, et qui désigne l'ensemble des règles se rapportant au contrat et donnant lieu à une manière de penser et d'appréhender l'objet propre à la discipline qu'est le droit des contrats¹⁰⁸, conserve un noyau traditionnel que la modernité envisagée par le législateur n'a pas réussi à extraire. Le constat est le même au Québec. Malgré l'essor indiscutable et vivement salué du principe de bonne

¹⁰³ **REVET (T.)**. « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 108, n° 7. V. égal. **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**. « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, *op. cit.*, p. 32 et s. : la réforme propose un ré-ancrage du contrat dans sa version historique et dans sa tradition.

¹⁰⁴ Lorsque nous nous référons à la « théorie générale du contrat » nous renvoyons à la philosophie qui anime la matière contractuelle et non au droit commun des contrats, avec lequel nous faisons une claire distinction. Le droit commun des contrats rassemble les règles positives de la matière tandis que la théorie générale suppose une reconstruction subjective du droit positif qui cherche à donner un sens philosophique et fondamental auxdites règles. En ce sens, v. **SAVAUX (E.)**. *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. AUBERT (J.-L.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1997, p. 23 et s., spéc. p. 67 et s.

¹⁰⁵ Cons. constit., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C., *Rec. Cons. constit.* p. 817, § 6 : « Considérant que, d'une part, il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 [...] ».

¹⁰⁶ **LEVENEUR (L.)**. « Quelle place pour la liberté contractuelle ? Quelle place pour l'unilatéralisme ? », *art. préc.*, p. 20 et s.

¹⁰⁷ **MEKKI (M.)**. « Les dispositions liminaires », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁸ **CHANTEPIE (G.), DISSAUX (N.)**. « Rapport introductif », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 572.

foi¹⁰⁹, qui est à la fois un principe d'ordre public¹¹⁰ du droit civil québécois dans son entier¹¹¹ et un principe directeur du droit des contrats en particulier¹¹², et qui a même réussi une percée au sein de la *common law* canadienne¹¹³, ce dernier n'est pas absolu¹¹⁴ et ne renverse pas le principe de l'autonomie de la volonté qui demeure ferme¹¹⁵. De là, on remarque que

¹⁰⁹ **CROTEAU (N.)**. « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 427 ; **GREGOIRE (M.A.)**. « *Economie subjective c. 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 », *R.J.T.*, mars 2010, vol. 44, n° 1, p. 18 ; **LEFEBVRE (B.)**. « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », *art. préc.*, p. 3 ; **LEFEBVRE (B.)**. « La bonne foi dans la formation du contrat », *R.D. McGill*, 1992, vol. 37, n° 4, p. 1065 ; **LEFEBVRE (B.)**. « La notion de bonne foi : notion protéiforme », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 336 ; **ROLLAND (L.)**. « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 380.

¹¹⁰ *Trust la Laurentienne du Canada Inc. c. Losier*, 2001 CanLII 12759 (QC C.A.), p. 9, n° 40, j. Rochon.

¹¹¹ Art. 6 C.c.Q. : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi ».

¹¹² Art. 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ».

¹¹³ *Bhasin c. Hrynew*, 2014 C.S.C 71 (CanLII), [2014] 3 R.C.S 494, j. Cromwell, § 63 et s. Si cette décision reconnaît l'importance de la bonne foi en *common law*, elle ne la consacre pas pour autant comme un principe directeur. Le principe de la liberté contractuelle demeure privilégié dans un droit des contrats encore très libéral : « Il convient d'appliquer le principe de la bonne foi d'une manière conforme aux engagements fondamentaux du droit des contrats en *common law*, lequel accorde généralement beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel. En matière commerciale, une partie peut parfois causer une perte à une autre partie – même de façon intentionnelle – dans la poursuite légitime d'intérêts économiques personnels. Agir de la sorte n'entre pas nécessairement en contradiction avec la bonne foi et, dans certains cas, les tribunaux ont encouragé les parties à adopter cette attitude au nom de l'efficacité économique. L'évolution du principe de la bonne foi doit éviter clairement de se transformer en une forme de moralisme judiciaire ponctuel ou en une justice au cas par cas. Plus particulièrement, le principe directeur de bonne foi ne doit pas servir de prétexte à un examen approfondi des intentions des parties contractantes » (§ 70). En ce sens, v. **DALY (P.)**. « La bonne foi et la *common law* : l'arrêt *Bhasin c. Hrynew* », in *Le dialogue en droit civil*, TORRES-CEYTE (J.), BERTHOLD (G.-A.), PELADEAU M. (C.-A.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2018, p. 89.

Sur le pouvoir créateur des juges de *common law*, v. **MOORE (B.)**. « Brèves remarques spontanées sur l'arrêt *Bhasin c. Hrynew* », in *Le dialogue en droit civil, op. cit.*, p. 81.

¹¹⁴ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, [2018] 3 R.C.S. 2018 C.S.C. 46 (CanLII), j. Gascon.

V. *infra* n°s 286 et s.

¹¹⁵ *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 C.S.C. 43 (CanLII), [2017] 2 R.C.S. 59, j. Wagner et Gascon, § 1. Les juges de la Cour suprême avaient à se prononcer sur l'exercice d'une prérogative unilatérale (renouvellement unilatéral d'un contrat d'affiliation d'officines sous la bannière d'Uniprix) par l'une des parties au contrat. Elle rejette le pourvoi du demandeur aux motifs que la prérogative ne porte pas atteinte à l'économie générale du contrat et que les titulaires de ladite prérogative étaient pleinement dans leur droit d'employer une telle faculté car : « le droit civil québécois accorde une place fondamentale au principe de l'autonomie de la volonté ».

V. égal. *6362222 Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 C.S.C. 39 (CanLII), j. Wagner et j. Kasirer, § 39-40. L'arrêt *Prelco* est l'équivalent québécois de notre arrêt *Chronopost*. Seule la qualité des parties est différente. Un contrat – négocié – d'installation d'un logiciel de gestion avait été conclu entre une entreprise d'informatique (Créatech) et une entreprise de transformation et de fabrication de verre (Prelco). Après plusieurs difficultés et embûches lors de la mise en œuvre du contrat, la verrerie rompt le contrat et assigne Créatech en dommages et intérêts pour atteinte à l'obligation essentielle du contrat en raison de la clause limitative de responsabilité dont se prévalait l'entreprise d'informatique. La Cour suprême du Canada a refusé la requête de Prelco et validé la clause limitative de responsabilité selon le motif suivant : « La validité de principe des clauses de non-responsabilité est acquise pour les besoins du débat. D'abord énoncée sous forme de remarque incidente par notre Cour dans l'arrêt *The Glengoil Steamship Co. c. Pilkington* (1897) [...], cette règle a par la suite, malgré quelques hésitations, été reprise dans le droit positif, de sorte qu'aujourd'hui sa place est certaine. Cette validité de principe des clauses de non-responsabilité repose sur l'autonomie de la volonté et son corollaire, la liberté contractuelle, tous deux principes généraux du droit commun des obligations. On sait que le principe de la liberté contractuelle lui-même "n'est pas exprimé en tant que tel au Code civil" mais qu'il possède, comme fondement mais aussi comme limite principale, le libre exercice des droits civils circonscrit par l'ordre public. A notre avis, le principe moderne de la liberté contractuelle soumise à l'ordre public anime le droit commun des obligations à titre de principe général du droit au sens de la Disposition préliminaire du Code ». La cause du contrat

les deux législations contractuelles présentent des valeurs contradictoires entre lesquelles le législateur, à défaut de choisir, à essayer de trouver un juste équilibre¹¹⁶. Or, le juste milieu paraît être un choix raisonnable lorsque le contrat, tel qu'il se présente aujourd'hui, démontre un réel antagonisme¹¹⁷. La réalisation des intérêts respectifs des parties ne doit pas se faire au détriment d'un savoir-être contractuel, et la prise de risque que suppose le contrat ne doit pas conduire à abuser de la vulnérabilité de l'une des parties. Le discours contractuel d'aujourd'hui se nourrit donc à la fois des exigences du libéralisme et des considérations solidaristes pour la France¹¹⁸, et des préoccupations de « moralité contractuelle » pour le Québec¹¹⁹. Il présente ainsi une idéologie ambivalente qui a pu conduire au diagnostic d'une théorie générale « schizophrène »¹²⁰. Or, c'est précisément ici que l'intégration du contrat d'adhésion au sein du droit commun des contrats devient déterminante.

13. La nouvelle dualité de la théorie générale du contrat. « En tant que mécanisme produit par la pratique juridique, écrit le professeur Forray, le contrat d'adhésion constitue

n'était donc pas inexistante puisqu'elle se trouvait dans l'installation du logiciel de gestion informatique et les retombées positives de l'utilisation du logiciel.

¹¹⁶ **FENOUILLET (D.)**. « Les valeurs morales », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 589 ; **PINEAU (J.)**. « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », *R. du B. Can.*, sept. 1992, vol. 71, n° 3, p. 425-427 ; **ROUVIERE (F.)**. « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 600.

¹¹⁷ **ANCEL (P.)**. « Evolution, pas révolution », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, op. cit., p. 163, n° 13 ; **DELEBECQUE (P.)**. « La bonne foi contractuelle : *quid novi sub sole* ? », *Lamy droit civil*, fév. 2008, n° 46, p. 6.

¹¹⁸ **ADAM (P.)**. « Le projet de réforme et le droit contemporain des contrats : reflet ou trompe-l'œil ? », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, op. cit., p. 64 et s. ; **BARBIERI (J.-J.)**. « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, avr. 2006, n° 2, p. 621 ; **CHAZAL (J.-P.)**. « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », *D.*, mars 2015, n° 12, p. 673 ; **LATINA (M.)**. « Rapport introductif : physiognomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 4 et s., n°s 7 et s. ; **MALLET-BRICOUT (B.)**. « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.*, juin 2016, n° 2, p. 468-469.

¹¹⁹ Comme nous le verrons dans la première partie de cette thèse, la « nouvelle moralité contractuelle », qui ne se confond pas avec le solidarisme contractuel français, a été une réalité au sein du droit des contrats québécois. Il a trouvé une traduction parmi les dispositions du nouveau Code civil du Québec, ainsi que dans la jurisprudence, et a rencontré un écho au sein de la doctrine. Cependant, cet écho s'est rapidement évanoui, la doctrine n'étant pas totalement convaincue par l'expression et la jurisprudence ayant rapidement renoué avec les principes traditionnels de la théorie classique du contrat (en ce sens, v. part. **JOBIN (P.-G.)**. « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ? », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2000, vol. 52, n° 1, p. 75 : « Certes le législateur s'est appliqué à rechercher un meilleur équilibre entre trois grands principes : l'autonomie de la volonté, la bonne foi et l'équité, l'ordre public ; il reste que dans l'ensemble l'autonomie de la volonté demeure le principe dominant » ; **LAFOND (P.-C.)**. « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », in *Mélanges Jean-Louis Bandonin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 491 : « Si on peut être tenté d'affirmer que le nouveau Code civil reconnaît la situation particulièrement sensible du consommateur et instaure désormais une nouvelle moralité contractuelle aux stipulants, sur le plan des orientations générales et des fondements, le principe directeur de la liberté contractuelle conserve toute sa puissance et sa présence en droit civil québécois. ». Dans le cadre général de cette introduction, nous tiendrons l'expression pour acquise.

¹²⁰ **JUKIER (R.)**. « *Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.) : implications of an expanded doctrine of abuse of rights in civilian contract law », *R.D. McGill*, 1992, vol. 37, n° 1, p. 238.

un instrument de mesure de l'effectivité du droit des contrats et de la réception sociale de la théorie générale »¹²¹. Il « interroge les concepts contractuels classiques »¹²² et va même jusqu'à provoquer une scission au sein de la théorie générale. Dès lors, l'insertion du contrat d'adhésion au sein du Code civil entraîne un changement dans la structure même de la théorie générale du contrat. S'il n'y a pas eu de « néo-théorie générale du contrat »¹²³ à proprement parler, il y a eu, en réalité, un dédoublement, une « dualisation »¹²⁴ de cette dernière. A défaut de tout déconstruire, le contrat d'adhésion construit autrement en donnant naissance à une nouvelle théorie générale qui évoluerait en parallèle de la structure classique¹²⁵. La nouvelle *summa divisio*¹²⁶ du droit des contrats verrait, d'un côté, le maintien d'une « zone libre », où règnerait la théorie classique du contrat, et de l'autre, l'établissement

¹²¹ **FORRAY (V.)**. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 276, n° 391.

¹²² *Ibid.*

V. égal. **KESSLER (F.)**. « Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract », *Colum. L. Rev.*, juill. 1943, vol. 43, n° 5, p. 629 : l'auteur, à travers l'exemple particulier du contrat d'assurance, isole le principe de la force obligatoire du contrat et répertorie les conséquences de la qualification de contrat d'adhésion sur ledit principe. Il démontre comment le contrat d'adhésion réinvente le principe de la force obligatoire et bouleverse, de façon générale, la philosophie classique du contrat. Selon l'auteur, il ne pourrait y avoir une seule conception de la force obligatoire des contrats mais bien plusieurs qui s'adaptent aux différents types de relations contractuelles développées de nos jours. Aussi, il affirme l'on ne saurait encore croire en un droit des contrats harmonieux et homogène et tenir pour acquis des principes considérés comme intouchables. Le contrat étant au cœur des relations humaines et sociales, il est inévitable pour le droit des contrats d'être régulièrement revisité, remodelé, retravaillé pour garantir le meilleur encadrement possible des relations contractuelles.

¹²³ **REVET (T.)**. « Une philosophie générale ? », *art. préc.*, p. 5, spéc. p. 12 et s.

¹²⁴ **REVET (T.)**. « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *art. préc.*, p. 110-111, n°s 22 et s.

¹²⁵ **GALBOIS-LEHALLE (D.)**. *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, préf. LEQUETTE (Y.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2020, p. 304, n° 524 : « Commencent ainsi à apparaître les linéaments d'une nouvelle théorie : on admet que la volonté d'une seule des parties détermine le contenu du contrat à condition qu'elle respecte les intérêts de son cocontractant. Autrement dit, il devient possible que la volonté de ce dernier fasse défaut dès lors que ses intérêts sont suffisamment préservés, et cette préservation donne lieu à de nouveaux mécanismes de contrôle judiciaire du contrat » ; **LE GAC-PECH (S.)**. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. MUIR-WATT (H.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, p. 288, n° 725 : « Deux tendances profondes peuvent être relevées. Loin d'être précédée (sic) d'une discussion libre et de correspondre à l'image individualiste véhiculée, le contrat d'aujourd'hui dépasse l'opération économique qu'il vise à réaliser et ne concerne plus seulement ses auteurs. Il prend place dans un réseau de relations contractuelles et plus largement s'insère dans un ensemble économique ». Suite à cette affirmation, l'auteur étudie la figure du contrat d'adhésion ; **CHANTEPIE (G.), DISSAUX (N.)**. « Rapport introductif », *art. préc.*, p. 578 : « Un courant néo-solidariste ne pourrait-il pas émerger en reconstruisant un nouveau droit du contrat, autour de la notion de contrat d'adhésion ? ».

¹²⁶ **REVET (T.)**. « Une philosophie générale ? », *art. préc.*, p. 11, n° 20. V. égal. **ADAM (P.)**. « Le projet de réforme et le droit contemporain des contrats : reflet ou trompe-l'œil ? », *art. préc.*, p. 62 ; **CHASSAGNARD-PINET (S.)**. « Le vocabulaire », *art. préc.*, p. 587, n° 13.

V. égal. **BAUMGARTNER (F.)**. « Un défi du droit des contrats : instaurer la confiance contractuelle », *Contrats, conc., consom.*, déc. 2020, n° 12, p. 12 : l'auteur perçoit une division, non pas en deux, mais en trois branches du droit des contrats ce qui signifierait que la branche du contrat d'adhésion se scinderait en deux sous-catégories : « On peut même [...] s'interroger sur la question de savoir s'il n'existera pas bientôt trois branches du droit commun des contrats : premièrement, le droit des contrats entre parties égales, ni plus faibles ni plus fortes, l'une que l'autre, laissant la part belle au consensualisme ; ensuite le droit des contrats dans lesquels la partie « faible » est le client (celui qui paye) et la partie « forte » le fournisseur, vendeur ou prestataire de services (celui qui est payé), inspiré du droit de la consommation et aujourd'hui largement introduit dans le Code civil ; et enfin, le droit des contrats dans lesquels la partie « faible » est le fournisseur, vendeur ou prestataire de services (celui qui est payé) et la partie « forte » est le client (celui qui paye) : droit qui pourrait s'inspirer du droit de la distribution [...] ».

d'une « zone franche », protégée, qui aurait la justice contractuelle pour principe directeur¹²⁷. En ce sens, l'article 1104, qui dispose que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », et qui s'applique à tous les contrats, revêtirait une portée différente dans le cas particulier du contrat d'adhésion. Couplé aux articles constituant son régime, le principe de bonne foi permettrait la réalisation absolue de l'objectif de justice contractuelle, et ce grâce à l'introduction du contrat d'adhésion au sein du droit commun des contrats. En effet, la lésion et l'imprévision ne sont pas les seuls canaux de concrétisation de la justice contractuelle¹²⁸. En raison de son bagage ontologique, le contrat d'adhésion est également un outil incontournable de promotion et d'épanouissement de la justice contractuelle car il est une matrice originelle de ce principe. En accueillant cette notion, le discours contractuel a consubstantiellement changé de ton¹²⁹. Le contrat d'adhésion nous invite à modifier notre façon de concevoir la relation contractuelle¹³⁰. Il nous incite à repenser les piliers traditionnels du contrat en reconnaissant et en accueillant leurs limites. Il nous convainc de laisser un petit peu plus de place à un principe depuis trop longtemps considéré comme secondaire et uniquement lu à la lumière de l'équivalence des prestations.

14. *Un renouvellement progressif de la théorie générale du contrat.* La création d'une nouvelle théorie générale du contrat axée sur la promotion de la justice contractuelle et la protection de la partie faible est un premier élément de réponse à l'éventualité (prochaine ?) d'un remplacement de la théorie classique du droit des contrats – ou du moins de l'ébauche de premières esquisses d'une véritable néo-théorie générale – subtilement

¹²⁷ **GENICON (T.)**. « Conjurant la “faiblesse obligatoire” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *art. préc.*, p. 13, n° 7.

V. égal. **DESHAYES (O.)**, **GENICON (T.)**, **LAITHIER (Y.-M.)**. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 354 : « Il a été fortement soutenu que le droit civil des contrats s'est en réalité fragmenté au point d'opposer un droit commun moderne régissant les contrats structurellement déséquilibrés et un droit commun classique continuant de régir le schéma traditionnel d'un rapport égalitaire (pour lequel le Code de 1804 aurait essentiellement été pensé). Ce mouvement de césure pourrait être aujourd'hui tout à fait achevé par la consécration législative de l'opposition entre contrat d'adhésion et contrat de gré à gré (art. 1110) et par l'introduction dans le Code civil d'un important pouvoir d'intervention judiciaire (art. 1171). Le divorce serait ainsi consommé entre les deux droits communs ».

V., pour le droit québécois : **PINEAU (J.)**. « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 439.

¹²⁸ **CHAZAL (J.-P.)**. *De la puissance économique en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 168, n° 33 : « En réalité, il n'existe que deux traductions techniques directes du principe de justice contractuelle : la lésion et l'imprévision ».

¹²⁹ **REVET (T.)**. « Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse) », *art. préc.*, p. 634 et s.

¹³⁰ **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**. « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », *art. préc.*, p. 33 ; **MAZEAUD (D.)**. « Imaginer la réforme », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 610.

suggéré¹³¹ ou ardemment défendu¹³² par les auteurs laissés perplexes par la réforme du droit des contrats. Il va sans dire que les prémisses de la théorie classique du contrat ne sont plus totalement adaptées à la configuration contemporaine de notre société, et ce depuis longtemps. Pourtant, comme nous l'avons constaté, le paradigme traditionnel est encore en vigueur et reste dominant. Ainsi, selon les auteurs qui interrogent le *statu quo*, il aurait fallu ne pas s'arrêter « au milieu du gué »¹³³ mais naviguer plus loin ; changer radicalement notre façon de concevoir le contrat et d'apprécier les relations contractuelles au lieu d'offrir un « traitement homéopathique »¹³⁴ aux déséquilibres contractuels les plus criants. Or, le renversement de ce *statu quo* suppose une transformation profonde de notre système économique et, plus largement, du fonctionnement de notre monde. Y sommes-nous prêts ? Peut-on concrètement envisager une telle réalité ? A l'heure actuelle, cette perspective semble encore effrayer les consciences ou laisser dubitatif¹³⁵. La peur naturelle

¹³¹ **LITTY (O.)**. *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1999, p. 3, n° 3 : « L'aspiration du droit positif à envisager, dans des secteurs de plus en plus nombreux, la relation contractuelle "non pas comme un rapport interindividuel, mais comme la manifestation d'antagonismes collectifs", laisse à penser que seule cette deuxième voie mérite aujourd'hui d'être suivie. Personne ne saurait croire que dans un monde qui évolue, seule la théorie générale des contrats resterait immuable [...]. Une telle démarche sonne le glas de la vision utopique du contrat, accord de deux volontés libres et égales, pour se fonder, non plus sur un postulat, mais sur une certitude, que seule une approche purement théorique du contrat pouvait encore ignorer : l'inégalité des parties est une réalité que seule la loi, par la recherche (p. 4) d'une égalité formelle entre les contractants, peut corriger. Ainsi, les propositions sont radicalement inversées, et il n'appartient plus au législateur, à la différence de ce que laisse entendre la théorie générale, de restaurer un équilibre contractuel perdu, mais bien de remédier à une inégalité de principe inhérente à diverses conventions, inégalité suscitée, aux dépens du contractant faible, par l'égalité présumée des parties à l'acte ».

¹³² **HIEZ (D.)**. « Premières réflexions pour un droit décroissant : l'exemple du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles : Larcier, 2021, p. 365.

Ce sont notamment les questions environnementales qui nourrissent de profondes réflexions sur le renouvellement urgent du droit des contrats, autant de son droit positif que de sa théorie. Une poignée d'auteurs se sont mobilisés pour plaider en faveur de cette rénovation. En ce sens, v. par ex. : **BOUTONNET (M.)**. « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTD civ.*, mars 2008, n° 1, p. 1 ; **HAUTEREAU-BOUTONNET (M.)**. « Le contrat environnemental », *D.*, janv. 2015, n° 4, p. 217 ; **MEKKI (M.)**. « Contrat et devoir de vigilance », *Lamy affaires*, mai 2015, n° 104, p. 86 ; **HAUTEREAU-BOUTONNET (M.)**. « Le risque climatique en droit des contrats », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 312 ; **HAUTEREAU-BOUTONNET (M.)**. « Le Code civil : un code pour l'environnement ? », *D.*, juill. 2021, n° 23, p. 1280.

Dans cette même perspective, il ne faut pas non plus oublier l'action du législateur qui a adopté deux lois déterminantes dans la prise en compte de la protection de l'environnement : L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, dont l'art. 169 est venu modifier l'article 1833 du Code civil qui dispose désormais que : « Toute société doit avoir un objet licite et être constitué dans l'intérêt commun des associés. / La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ; L. n° 2020-105 du 10 fév. 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

¹³³ **MEKKI (M.)**. « L'abus de dépendance (art. 1143 C. civ.) », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel, op. cit.*, p. 477, n° 2.

¹³⁴ **CHAZAL (J.-P.)**. « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », *art. préc.*, p. 673.

¹³⁵ **ANCEL (P.)**. « Evolution, pas révolution », *art. préc.*, p. 152, n° 2 et p. 163, n° 13 : tout en reconnaissant les « nouveautés spectaculaires » que sont, entre autres, le contrat d'adhésion et la règle visant à lutter contre les clauses abusives (p. 168, n° 21), l'auteur estime que la réforme du droit des contrats de 2016 est toutefois loin de poser les bases d'un nouveau contrat. Selon lui, elle s'attache à proposer un compromis entre des intérêts divergents. Si l'intégration du contrat d'adhésion permet de nuancer la fiction volontariste, reste que la structure technique et la conception politique du contrat n'ont pas fait l'objet d'une « révolution » mais plutôt de « glissements ».

du changement lutte pour la préservation d'un monde où les repères sont rassurants et confortables¹³⁶.

Bien que nous soyons sensible aux critiques des plus sceptiques et à l'écoute de leurs revendications légitimes¹³⁷, nous avons décidé de voir le verre à moitié de plein et de croire que l'intégration du contrat d'adhésion au sein du Code civil porte en germe le début d'un inflexionnement du droit des contrats. Nous avons conscience que le contrat d'adhésion ne change pas fondamentalement la donne ; qu'il ne peut supporter tous les espoirs de voir se renverser la théorie classique du contrat ; que son régime ne constitue pas une solution miracle pour remédier aux déséquilibres contractuels encore trop nombreux et toujours plus insidieux¹³⁸. Pour restituer les propos du professeur Piette : « Le 10 février 2016 semble donc marquer un petit pas pour l'homme mais un bond de géant pour la correction du contrat déséquilibré »¹³⁹. Le contrat d'adhésion constitue une première étape symbolique à

V. égal. en ce sens : **JACQUES (P.)**. « Vers un renouvellement de la conception du contrat ? », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, op. cit., p. 171 et s. ; **LE BOURG (J.)**. « Le droit des contrats dans le Code civil : un droit bourgeois dans un code bourgeois ? », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, op. cit., p. 97-98.

¹³⁶ **CHAZAL (J.-P.)**. « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », art. préc., p. 33.

¹³⁷ Cette revendication est particulièrement audible au sein de la sphère juridique québécoise bien qu'encore portée par une minorité doctrinale. Les premières réflexions à ce sujet se retrouvent notamment sous la plume du professeur Bélanger dont les écrits constituent un bon point de départ pour se familiariser avec cette pensée qui s'appuie tout particulièrement sur l'interdisciplinarité. En ce sens, v. : **BELANGER (A.)**. *Théorisations sur le droit des contrats : propositions exploratoires*, Coll. Dikè, Québec : PUL, 2014 : l'auteur, particulièrement inspiré des travaux de Marcel Mauss sur le don et l'échange (**MAUSS (M.)**. *Sociologie et anthropologie*, 6^e éd., Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1995, p. 147 et s.), propose une autre lecture du contrat pour ainsi se détacher de la lecture purement économique que l'on peut faire de ce dernier. Il souhaite considérer le contrat comme un « artefact social », ou encore une « institution sociale à forme individuée », en recentrant la relation contractuelle autour des contractants et de leur relation sociale, et en l'inscrivant dans le contexte culturel et social dans lequel elle évolue. Pour illustrer ses propos, il va notamment prendre pour exemple le contrat d'assurance dans lequel il entrevoit une forme de don. Selon lui, le contrat d'assurance n'est pas seulement la recherche du profit mais également la recherche de l'entraide et de la solidarité entre individus. Or, cette entraide est en rupture avec l'idée classique de redistribution ou d'équivalence des prestations. Elle rejoint, en réalité, un système de dettes réciproques et communes. V. égal. **BELANGER (A.)**, **FOKOU (E.)**. « Efficacité et efficacité : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats », *R.G.D.*, 2019, vol. 49, n° 1, p. 5 : les auteurs cherchent à analyser les conséquences de l'analyse économique du droit sur la théorie du contrat et ses valeurs. Ils estiment que le contrat poursuit bien plus qu'un simple objectif d'efficacité et d'efficacité économique mises au service du marché mais est également un instrument de justice, bien que cet aspect soit souvent éclipsé par l'analyse économique.

¹³⁸ Cette critique a distinctement été soulevée par certains auteurs québécois qui reprochent non seulement au législateur sa timidité (**GREGOIRE (M.-A.)**. « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », art. préc., p. 35 ; **MASSOL (G.)**. « Le juge et l'équité en matière de protection du consommateur », in *L'équité au service du consommateur*, op. cit., p. 54 ; **PICOTTE (M.-A.)**. « Le contrat en manque de réalité : pourquoi faisons-nous toujours comme si ? », Conférence du cycle « Les fictions » organisé par la Chaire Jean-Louis Baudouin de la faculté de droit de l'Université de Montréal en date du 23 sept. 2021) mais se désolent également de constater que les juges québécois ne sont pas foncièrement entrepreneurs et font preuve, encore aujourd'hui, d'un conservatisme relativement intransigent (**GREGOIRE (M.-A.)**. *Ibid.*, p. 36 ; **MASSOL (G.)**. *Ibid.*, p. 71 ; **MOORE (B.)**. « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », in *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, MANIET (F.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2005, p. 130).

¹³⁹ **PIETTE (G.)**. « La correction du contrat : conciliation entre force obligatoire et utilité du contrat ? », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, op. cit., p. 161.

un bouleversement intellectuel¹⁴⁰ qui ne peut se concrétiser du jour au lendemain mais qui s'inscrit dans la durée¹⁴¹. Avant de consacrer la justice contractuelle au plus haut qu'il soit dans la hiérarchie des principes du droit des contrats, il faut d'abord parvenir à une reconnaissance à part entière de ce principe. Or, c'est ce à quoi contribue l'insertion de la notion de contrat d'adhésion et de son régime au sein du Code civil. Nous sommes convaincue que la notion de contrat d'adhésion, grâce à son bagage intellectuel, philosophique et historique, ouvre des pistes de réflexion et apporte des éléments de réponse, aussi timides soient-ils, aux interrogations qui secouent la planète contractuelle. Nous sommes persuadée qu'elle sera susceptible, le moment venu, d'offrir les outils nécessaires et suffisants pour, cette fois-ci, reconstruire la théorie générale du contrat. Comment ? Grâce au lien qui l'unit au principe de justice contractuelle.

15. Axe de la thèse. L'étude de ce lien intrinsèque est au cœur de la thèse que nous défendons. Il concourt à notre démonstration qui consiste à apprécier l'apport substantiel du contrat d'adhésion au nouveau droit positif. De ses origines doctrinales à sa consécration en tant que catégorie légale à part entière, l'histoire du contrat d'adhésion, bien que « chaotique et ambiguë », mais pour d'autres raisons encore que celles évoquées par le professeur Chazal, illustre le lien alors consubstantiel, désormais indissoluble, entre la justice contractuelle et le contrat d'adhésion. Ce dernier, à travers les règles de protection de la partie vulnérable qui composent son régime, devient le vecteur, voire même le catalyseur, d'une plus grande justice contractuelle au sein du contrat et de sa théorie. Sa codification a toute son importance et est loin d'être superflue ou insignifiante. En effet, l'acte de codifier n'est jamais neutre et a des répercussions sur les branches du droit codifiées, en l'occurrence ici, le droit des contrats dont il élève le discours. Dès lors, l'insertion du contrat d'adhésion au sein du Code civil emporte des conséquences sur la philosophie du contrat, qu'il renouvelle en consolidant et en amplifiant la portée de la justice contractuelle. La thèse que nous défendons n'est donc pas une thèse de proposition. Le lecteur n'y trouvera pas la composition d'un régime spécifique au contrat d'adhésion

¹⁴⁰ **LOISEAU (G.)**. « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJ Contrat*, déc. 2015, n° 12, p. 499 : « L'ambition n'en est pas moins réelle de surmonter le postulat d'égalité abstraite des contractants en ouvrant des règles de droit commun à la prise en compte d'abus de puissance contractuelle. L'écart avec le code civil de 1804 est plus considérable qu'il ne peut y paraître : en se réformant, le droit s'oblige à regarder autrement que par le prisme des droits spéciaux la personne du contractant s'incarnant dans une réalité tenant à sa puissance ou à sa faiblesse ».

¹⁴¹ **CHAZAL (J.-P.)**. « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *art. préc.*, p. 33.

plus performant, ni la proposition d'une autre notion qui serait plus malléable, encore moins une déconstruction et reconstruction de la théorie du contrat. De fait, et avant de reconstruire quoique ce soit, il nous semblait important de poser des bases solides au remaniement ou à l'édification d'une potentielle nouvelle théorie, d'étudier les matériaux mis à la disposition des futurs architectes de cette théorie en gestation. Notre thèse a donc pour ambition d'accueillir et d'intérioriser la notion de contrat d'adhésion dont l'intégration dans le Code civil constitue, sans doute, une première étape à un processus plus long et plus profond. Le lecteur constatera alors que notre essai s'inscrit dans la lignée du droit positif actuel, qui considère heureux et bienvenu l'essor d'une dualisation de la théorie générale du contrat. Plus précisément, le lecteur y découvrira un plaidoyer en faveur de la notion de contrat d'adhésion et de son intégration au sein du Code civil français. La thèse présentée a donc pour objectif de répondre par l'affirmative à la problématique qui sous-tend ces réflexions : oui, l'insertion de la notion de contrat d'adhésion au sein du Code civil est une bonne idée car elle présente une utilité qui est tout à la fois d'ordre symbolique, philosophique et pratique.

16. *Le droit des contrats québécois comme objet de comparaison.* Pour nous aider dans la démonstration de cette thèse, qui consiste à disséquer le lien unissant le contrat d'adhésion et la justice contractuelle, nous avons eu recours à deux méthodes principales : le droit comparé et l'histoire du droit, plus spécialement l'approche historique des idées. La première nous a été inspirée par les interventions et discussions engagées durant le colloque « Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises », rassemblant les doctrines française et québécoise à Montréal autour d'une discussion sur le passé, le présent et l'avenir du contrat d'adhésion. Clôturant les débats de la journée, la professeure Vézina répondit aux doutes et inquiétudes partagés par les intervenants du Vieux-Continent qui avaient été particulièrement perceptibles tout au long de la journée, et qui faisaient écho au scepticisme relayé par la doctrine française. La professeure québécoise s'exprima alors en ces termes : « Dans cette mesure, l'observateur québécois peut ressentir une certaine perplexité devant l'accueil mitigé réservé au nouveau régime du contrat d'adhésion en droit français. Les imperfections eu égard à la définition du contrat d'adhésion – présentes tout autant au Québec que dans le nouveau droit français des contrats – ne doivent pas amener

à conclure pour autant que ce véhicule de protection est dénué d'intérêt »¹⁴². La professeure Vézina ajouta encore que : « Si l'expérience québécoise peut s'avérer utile dans une perspective comparative, ce serait surtout en suggérant d'éviter toute solution radicale qui consisterait soit à nier le potentiel du contrat d'adhésion, soit encore de lui faire porter des espoirs démesurés dans une perspective de protection des parties vulnérables en matière contractuelle »¹⁴³. Ces propos nous confortèrent. D'abord, parce qu'ils confirmèrent que l'introduction du contrat d'adhésion au sein du Code civil français avait bel et bien une utilité, qu'il nous fallait démontrer. Ensuite, parce qu'ils furent déterminants dans l'approche méthodologique de notre thèse.

Notre choix du droit québécois des contrats comme objet de comparaison a été motivé par les questions suivantes¹⁴⁴ : comment ce droit proche du nôtre a-t-il intégré, appréhendé et accepté la notion de contrat d'adhésion au sein de son Code civil, puis de sa jurisprudence ? Quelles ont été les retombées positives et quels bénéfices le droit des contrats québécois en a-t-il tirés ? Pourquoi l'accueil mitigé réservé au contrat d'adhésion par la doctrine française a-t-elle surpris la doctrine québécoise ? Comment, grâce à la connaissance et à la compréhension du droit des contrats québécois, pouvons-nous contrer cette réaction peu enthousiaste ? Voilà maintenant plus de trente ans que le nouveau droit des contrats québécois est entré en vigueur. Le temps de l'assimilation passé, la jurisprudence et la doctrine québécoises naviguent désormais plus sereinement parmi les nouvelles dispositions du Code civil du Québec malgré la persistance de problématiques qui restent irrésolues. Lorsqu'en 1991, le législateur québécois fit le choix d'intégrer la notion de contrat d'adhésion, et son régime, au sein du futur droit des contrats, auteurs et juges répondirent à l'appel lorsque fut venue l'heure de préciser les contours du contrat d'adhésion et de lui donner contenance. Leur expérience dans cet exercice de définition et d'interprétation offre donc un enseignement incontestablement riche à qui revient la tâche

¹⁴² VEZINA (N.). « Les virtualités du contrat d'adhésion en droit québécois : propos prospectifs sur la notion de contrat d'adhésion, son potentiel, ses dérives et ses limites », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 177.

¹⁴³ VEZINA (N.). « Les virtualités du contrat d'adhésion en droit québécois : propos prospectifs sur la notion de contrat d'adhésion, son potentiel, ses dérives et ses limites », *art. préc.*, p. 177.

¹⁴⁴ IZORCHE (M.-L.). « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 2001, vol. 53, n° 2, p. 290 ; JALUZOT (B.). « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2005, vol. 57, n° 1, p. 29 ; PONTTHOREAU (M.-C.). « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in *Comparer les droits, résolument*, LEGRAND (P.), Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 2009, p. 539 ; PONTTHOREAU (M.-C.). « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2005, vol. 1, n° 1, p. 19.

d'appréhender l'insertion d'une notion équivalente au sein de son droit national. L'étude approfondie d'un droit à la fois proche et distinct du nôtre nous a alors paru être un excellent instrument nous permettant de « sonder [nos] propres résistances au changement »¹⁴⁵.

17. Intérêt de l'exercice comparatif. Nous avons conscience que la démarche comparative, dont le premier promoteur fut nul autre que Raymond Saleilles¹⁴⁶, ne fait pas encore l'unanimité¹⁴⁷. Certains craignent qu'elle ne soit qu'un simple vernis apposé sur la thèse. D'autres redoutent les études purement « touristiques »¹⁴⁸ ou « décoratives »¹⁴⁹ qui se limitent à reprendre les règles juridiques et les décisions de justice du droit étranger, ou à simplement relater son fonctionnement¹⁵⁰. Nous comprenons que la méthode comparative

¹⁴⁵ **MUIR-WATT (H.)**. « La fonction subversive du droit comparé », *Rev. inter. dr. comp.*, juill.-sept. 2000, vol. 52, n° 3, p. 519.

¹⁴⁶ Saleilles fut, en effet, l'un des premiers juristes à s'intéresser à la démarche comparative. Dans sa volonté de toujours dépasser la lecture littérale des articles du Code civil afin d'aller au-delà de ce dernier et de tendre à une unification du droit qui rapprocherait les Hommes, Saleilles présenta, lors du Congrès international de droit comparé de 1900, le recours au droit comparé comme un « instrument de rénovation du droit civil français » **JAMIN (C.)**. « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 2000, vol. 52, n° 4, p. 739). Utile au législateur et bénéfique pour les juges, Saleilles croyait que le droit comparé était « une méthode auxiliaire de la critique législative, méthode qui consiste à apprécier et à juger la loi nationale en la comparant aux lois similaires ou aux institutions analogues des autres pays ». « Science principale indépendante » pourvu de son propre objet, de ses lois et de ses méthodes, le droit comparé avait pour ambition, aux yeux du père du contrat d'adhésion, de « rapprocher les législations entre elles ». V. **SALEILLES (R.)**. « Conception et objet de la science du droit comparé », in *Actes du congrès de Paris de 1900 : théorie générale, méthode et enseignement du droit comparé*, Coll. Sensus iuris, Paris : Société de législation comparée, 2020, p. 167.

¹⁴⁷ Le droit comparé a pendant longtemps fait l'objet de débats doctrinaux concernant sa nature : est-ce une science ou une méthode ? La confusion est loin d'être dissipée, encore aujourd'hui. Sur cette question, v. **CONSTANTINESCO (L.-J.)**. *Traité de droit comparé, t. 1 : introduction au droit comparé*, Paris : LGDJ, 1972, p. 164 et s. et p. 171 et s. ; **DAVID (R.)**. « Le droit comparé, enseignement de culture générale », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 1950, vol. 2, n° 4, p. 685 ; **FAUVARQUE-COSSON (B.)**. « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », in *De tous horizons, mélanges X. Blanc-Jouvan*, Paris : Société de législation comparée, 2005, p. 69 ; **PFERSMANN (O.)**. « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 2001, vol. 2, n° 2, p. 275 ; **SACCO (R.)**. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Coll. Etu. Jur. comp., Paris : Economica, 1991, p. 8 ; **VALCKE (C.)**. *Comparing law : comparative law as reconstruction of collective commitments*, New York : Cambridge university press, 2018, p. 6-7 : l'auteure canadienne propose de dépasser le clivage science/méthode pour jouer sur ces deux tableaux qui composent les deux faces d'une même médaille. En effet, selon l'auteure, le droit comparé serait tout à la fois une science et une méthode entre lesquelles il ne serait pas utile de choisir. Elle défend l'idée qu'il serait plus judicieux d'embrasser ces deux facettes.

V. égal. **GLENN (H.P.)**. « Quel droit comparé ? », *R.D.U.S.*, 2013, vol. 43, n°s 1-2, p. 23 : l'auteur propose une nouvelle façon de penser et de définir le droit comparé en s'inspirant des mutations méthodologiques qu'ont connu le droit international privé, mais aussi le droit international public. Il suggère de dépasser le positivisme juridique et la logique classique qui enferme la définition du droit comparé dans une dimension étatique et nationaliste. Selon lui, le droit comparé contemporain serait nécessairement dialogique et pourrait se construire sur des logiques nouvelles de pensées qu'il appelle « polyvalentes ».

¹⁴⁸ **FAUVARQUE-COSSON (B.)**. « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », *art. préc.*, p. 81, n° 26.

¹⁴⁹ **PONTHOREAU (M.-C.)**. « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *art. préc.*, p. 9.

¹⁵⁰ Il s'agit, ici, d'études de droits étrangers, souvent confondues avec la démarche comparative mais qui, en réalité, n'adoptent pas une méthode de connaissance approfondie des droits étudiés. V. **DAVID (R.)**. *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris : LGDJ, 1950, p. 8 ; **PICARD (E.)**.

sert deux objectifs. Tout d'abord, « l'utilité recherchée du droit comparé est de se sentir un peu moins dépaysé à l'étranger, pour s'y trouver un peu chez soi »¹⁵¹. Ensuite, « l'utilité du droit comparé que l'on découvre dans un second temps, sans la rechercher initialement, est de conduire aussi à s'éloigner de chez soi, de son monde juridique, mais pour mieux le connaître et le comprendre »¹⁵². Avant de parvenir à ce résultat final, il nous faut toutefois connaître et comprendre l'autre, ce qui constitue l'étape la plus ardue de l'exercice comparatif. Nous mesurons donc toute la difficulté de l'exercice qui consiste à acquérir une « intelligence intime et si possible égale des deux droits »¹⁵³. Si le droit comparé, outil fondamental de connaissance¹⁵⁴, permet de mieux maîtriser notre droit national, il invite aussi à apprendre à comprendre l'autre, à prendre connaissance de son altérité et à l'accueillir, sans chercher à juger « l'expérience juridique autre à l'aune de celle qui [nous] est mieux connue »¹⁵⁵. Pour répondre à ces exigences, nous nous sommes constamment appliquée à étudier et à « sonder plus profondément l'arrière-plan social »¹⁵⁶, le « substrat (sous-texte) culturel »¹⁵⁷, mais aussi historique, politique et socio-économique¹⁵⁸, qui fondent le discours juridique québécois, et son droit positif, afin de ne pas tomber dans le « dilettantisme » tant critiqué par David¹⁵⁹.

En faisant référence à « l'expérience québécoise », la professeure Vézina renvoyait à l'« écosystème »¹⁶⁰ dans lequel le contrat d'adhésion avait pris racine. Cet écosystème se compose, entre autres, du droit de la consommation québécois animé par la volonté de

« L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 1999, vol. 51, n° 4, p. 892 ; **PONTHOREAU (M.-C.)**. « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *art. préc.*, p. 10 ; **ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.)**. *An introduction to comparative law*, 3rd ed., Oxford : Clarendon press, 2011, p. 6.

¹⁵¹ **PICARD (E.)**. « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *art. préc.*, p. 898.

¹⁵² **PICARD (E.)**. « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *art. préc.*, p. 898.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 894.

¹⁵⁴ **DAVID (R.)**. *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, *op. cit.*, p. 35 ; **FAUVARQUE-COSSON (B.)**. « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », *art. préc.*, p. 70, n° 1 ; **IZORCHE (M.-L.)**. « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », in *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 126 et s. ; **MUIR-WATT (H.)**. « La fonction subversive du droit comparé », *art. préc.*, p. 518 ; **PICARD (E.)**. « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *art. préc.*, p. 887 ; **SACCO (R.)**. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *op. cit.*, p. 10 ; **ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.)**. *An introduction to comparative law*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁵ **LEGRAND (P.)**. « Comparer », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1996, vol. 48, n° 2, p. 294.

¹⁵⁶ **LEGRAND (P.)**. « Comparer », *art. préc.*, p. 291.

¹⁵⁷ **MUIR-WATT (H.)**. « La fonction subversive du droit comparé », *art. préc.*, p. 518.

¹⁵⁸ **ANCEL (M.)**. « Comment aborder le droit comparé (à propos d'une nouvelle "Introduction au droit comparé") », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 5 et s. ; **LEGRAND (P.)**. « Comparer », *art. préc.*, p. 293 ; **PFRSMANN (O.)**. « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *art. préc.*, p. 287.

¹⁵⁹ **DAVID (R.)**. *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁰ **VEZINA (N.)**. « Les virtualités du contrat d'adhésion en droit québécois : propos prospectifs sur la notion de contrat d'adhésion, son potentiel, ses dérives et ses limites », *art. préc.*, p. 177.

protéger le contractant vulnérable. Or, cette volonté juridique traduit l'ambition politique de protéger les contractants les plus faibles et rompt avec la philosophie autrefois très libérale du droit des contrats québécois dont le principe de la liberté contractuelle a pu être redéfini de la façon suivante : « c'est la liberté pour tout contractant en position de force économique d'imposer ses conditions à l'autre partie et de faire de sa loi, la loi, et ce, sans aucune limitation de la part de l'Etat, sous la forme d'un contrôle judiciaire ou autrement »¹⁶¹. Il nous revenait de comprendre que cette aspiration politique était née d'un contexte socio-économique particulier qui a conduit à entreprendre la réforme de l'ancien Code civil du Bas-Canada, lui-même produit des valeurs d'un siècle, afin de le mettre au diapason des revendications sociales de l'époque. Cette thèse présente donc des excursions volontaires dans l'histoire du Québec et de son droit afin de mener la comparaison jusqu'au bout et de présenter le droit étranger étudié au lecteur.

En effet, si le droit civil québécois, et plus particulièrement son droit des contrats, semblent identiques au droit français, son choix comme objet de comparaison pouvant alors paraître superflu, cette identité n'est que relative et la comparaison, justifiée. Certes, le droit civil québécois est tout droit inspiré du droit civil français avec qui il présente incontestablement un « air de famille »¹⁶². De fait, le droit civil québécois est un membre à part entière de la famille romano-germanique. Néanmoins, si les deux droits en comparaison paraissent similaires, leurs institutions ressemblantes, ou leurs solutions analogues, cela ne veut pas pour autant dire qu'ils sont identiques car « ressemblance ne signifie pas identité [...] »¹⁶³. Or, le Code civil du Bas-Canada n'a jamais été une copie conforme du Code Napoléon, et le droit des contrats québécois s'est d'autant plus éloigné du droit des contrats français qu'il a été réformé bien avant ce dernier. Qui plus est, le droit civil québécois a connu un mouvement d'autonomisation vis-à-vis du droit civil français qui lui a conféré une identité propre¹⁶⁴. Enfin, il ne faut pas oublier que le droit civil

¹⁶¹ **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », in *Mélanges Claude Masse : En quête de justice et d'équité*, LAFOND (P.-C.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 68.

¹⁶² **GLENN (H.P.)**. « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, GLENN (H.P.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1993, p. 577.

¹⁶³ **DAVID (R.)**. *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁴ **GLENN (H.P.)**. *Ibid.*, p. 588 et s. : après une longue tradition communautaire, le droit québécois s'est petit à petit étatisé pour devenir autonome. Pendant très longtemps, le droit civil québécois s'est construit sur et s'est développé autour de la Coutume de Paris, importée par les premiers colons français. Lorsque l'ancienne Nouvelle-France est devenue une colonie britannique, le droit civil québécois a également puisé dans la coutume constituant la *common law*. Aujourd'hui encore, le fonds historique du droit civil québécois repose sur le droit coutumier français et certaines de

québécois évolue dans un contexte de fédéralisme et de bijuridisme, c'est-à-dire qu'il constitue, avec la *common law* britannique, l'une des deux familles juridiques qui caractérisent le droit québécois¹⁶⁵. Il revient donc au comparatiste de se faire l'interprète du droit étranger, ici du droit québécois, afin de présenter et d'expliquer les particularités de cet autre droit. Partant, il nous faut avertir notre lecteur : l'approche comparative n'est pas neutre mais plutôt éminemment subjective en ce qu'elle est une réédification par le juriste, imprégné de son propre système juridique, qui opère la comparaison. Le choix du droit québécois comme objet de comparaison est donc, en soi, subjectif, sa présentation et son exploitation, des reconstructions de notre part.

18. *Apport de l'approche comparative à la thèse.* Finalement, notre souhait premier est de présenter une étude comparée consciencieuse pouvant apporter un réel éclairage subversif¹⁶⁶. En effet, notre objectif est d'appeler à penser autrement – en valorisant – l'intégration du contrat d'adhésion et de son régime au sein de notre Code civil, et ce en usant de la comparaison pour résister à la conviction selon laquelle l'incorporation du contrat d'adhésion dans le Code civil est une fausse bonne idée. « Le message subversif est donc fort mais très simple, explique la professeure Muir-Watt, regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensées sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même »¹⁶⁷.

19. *L'approche historique des idées comme outil de reconstitution.* La seconde méthode employée nous a invitée à adopter une approche historique du sujet étudié. « Quoi de plus normal, *a priori*, que de remonter le fil de l'histoire pour percer le mystère d'une notion juridique ? »¹⁶⁸ écrit M. Barbaud, qui mobilise l'histoire du droit afin de mieux

ces règles, tel le mariage, uniquement religieux, ou encore les règles de procédure civile, sont toujours le produit de cette coutume.

V. égal. **JOBIN (P.-G.)**. « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1992, vol. 44, n° 2, p. 381 ; **POPOVICI (A.)**. « Libres propos sur la culture juridique québécois dans un monde qui rétrécit », *R.D. McGill*, 2009, vol. 54, n° 3, p. 223.

¹⁶⁵ **LE MAY (D.)**, **TREMBLAY (G.)**. *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, 4^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2009, p. 71 et plus spéc. p. 83 et s.

¹⁶⁶ **MUIR-WATT (H.)**. « La fonction subversive du droit comparé », *art. préc.*, p. 519 : selon l'auteure, le droit comparé, pris dans sa dimension subversive, permet de « sonder ses propres résistances au changement ».

¹⁶⁷ **MUIR-WATT (H.)**. « La fonction subversive du droit comparé », *art. préc.*, p. 506.

¹⁶⁸ **BARBAUD (M.-O.)**. *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Biblio. de droit privé, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 16, n° 17.

comprendre la notion de contrat unilatéral et ses répercussions sur la théorie du contrat. En effet, « celle-ci [la notion juridique] étant construction de l'homme, outil intellectuel destiné à proposer une meilleure analyse des choses, à emporter une meilleure application du droit, ce sont d'abord les raisons premières de son élaboration qu'il faut découvrir »¹⁶⁹. En ce sens, l'histoire apporte au juriste contemporain un éclairage bienvenu sur les institutions d'aujourd'hui en révélant leurs origines et « en offrant une vue nouvelle sur les choses »¹⁷⁰. Elle lui fournit également un « fonds d'observation et de réflexions amassé par les siècles »¹⁷¹ qui lui permet de construire le droit actuel. Finalement, « on peut dire que le droit trouve dans l'histoire son milieu propre, car il est essentiellement durée, mémoire, rattachement des générations les unes aux autres, enracinement de l'avenir dans le passé [...] »¹⁷². De façon générale, l'histoire nous permet de savoir d'où nous venons, de comprendre par où nous sommes passés et nous explique pourquoi nous en sommes là aujourd'hui. Il n'en va pas différemment de l'histoire du droit. Cette « science collatérale du droit »¹⁷³ s'est donc présentée comme un outil essentiel dans la construction de notre argumentation. Afin de retracer le lien entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle, il nous fallait remonter aux origines de la notion et suivre son évolution. Comme l'affirme Atias, « pour comprendre la signification profonde d'une idée, encore faut-il la dater » car « une théorie juridique ne naît pas dans l'abstrait ; elle surgit lorsque certaines circonstances, au demeurant très diverses, se rencontrent. Pour en déceler la filiation, il faut donc connaître ces circonstances »¹⁷⁴. A défaut, « les pires contresens, écrit l'auteur, peuvent venir de la référence à des événements postérieurs qui ne peuvent rien expliquer ou qui ne peuvent pas expliquer les mêmes choses »¹⁷⁵. Plus qu'à l'histoire du droit à proprement parler, nous avons eu recours à une approche historique des idées qui n'est pas si éloignée de l'histoire intellectuelle.

Définie par Foucault, l'histoire des idées se présente comme « un style d'analyse, une mise en perspective »¹⁷⁶. Prenant en charge le champ historique des diverses sciences qu'elle

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ **BARBAUD (M.-O.)**. *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷¹ **CARBONNIER (J.)**. *Droit civil, t. 1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1955, p. 59-60, n° 26.

¹⁷² *Ibid.*, p. 60.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 59.

¹⁷⁴ **ATIAS (C.)**. *Théorie contre arbitraire*, Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 1987, p. 38, n° 15.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ **FOUCAULT (M.)**. *L'archéologie du savoir*, Coll. Biblio. des sciences humaines, Paris : Gallimard, 1969, p. 180.

se propose d'étudier, l'histoire des idées « décrit les connaissances qui ont servi de fond empirique et non réfléchi des formalisations ultérieures ; elle essaie de retrouver l'expérience immédiate que le discours transcrit ; elle suit la genèse qui, à partir des représentations reçues ou acquises, vont donner naissance à des systèmes et à des œuvres »¹⁷⁷. Selon Foucault, « l'histoire des idées est alors la discipline des commencements et des fins, la description des continuités obscures et des retours, la reconstitution des développements dans la forme linéaire de l'histoire »¹⁷⁸. Elle cherche à sonder les motivations, pensées et images sous-jacentes de son objet d'étude, le discours¹⁷⁹. Elle retrace ses liens de transition et d'évolution, et tente de cerner ce qui a été voulu et désiré par son auteur¹⁸⁰. L'on comprend donc que l'histoire des idées s'intéresse au contexte d'élaboration du discours qu'elle se propose d'analyser. Souvent apparentée, l'histoire intellectuelle se distingue cependant de l'histoire des idées en ce qu'elle met plus spécifiquement l'accent sur un auteur et ses idées, sur le contexte intellectuel dans lequel il a écrit, ainsi que sur sa situation personnelle, ses convictions et ses croyances.

20. Substance de la thèse défendue. La notion de contrat d'adhésion apporte une plus-value substantielle à la philosophie du contrat. Cette dernière ne se traduit plus uniquement en termes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle mais aspire également à une plus grande justice contractuelle dont la portée se concrétise à travers les dispositions composant le régime du contrat d'adhésion. Ce glissement de la philosophie du contrat est rendu possible par le caractère consubstantiel du lien unissant le contrat d'adhésion à la justice contractuelle qui ne date pas de la réforme du droit des contrats mais remonte aux origines de la notion de contrat d'adhésion. Cette dernière est née de circonstances particulières que nous nous sommes employée à décrire. En ce sens, nous nous sommes attachée à retracer l'histoire de la notion, de sa naissance jusqu'à son avènement dans les Codes civils, tout en la replaçant dans le contexte discursif¹⁸¹ dans lequel

¹⁷⁷ FOUCAULT (M.). *L'archéologie du savoir, op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 182.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 183.

¹⁸¹ Sur le contexte discursif, v. part. LOISELLE (M.). « L'histoire des concepts juridiques et la question du contexte », in *Sur la portée sociale du droit*, ISRAËL (L.), SACRISTE (G.), VAUCHEZ (A.) [et alii], Paris : PUF, 2005, p. 29 : L'analyse du contexte discursif tient une place importante dans la méthode de l'histoire des concepts. Extrêmement populaire en Angleterre et en Allemagne, mais pas inconnue de la France, cette méthode prend également en considération le contexte, qui est « la voie d'accès privilégiée » (p. 33) à la signification desdits concepts. Selon ses inventeurs, « "en cherchant à situer (...) un texte dans le contexte qui lui revient, ce n'est pas seulement un décor qui se propose à l'interprétation : c'est l'acte d'interprétation lui-même qui commence" » (p. 33). Ceci dit, l'histoire des concepts

elle a été élaborée puis intégrée. Cela nous a permis de peindre une vue d'ensemble de son parcours qui fut particulièrement cahoteux et atypique, plus en France qu'au Québec. Avant d'être consacré comme une catégorie juridique essentielle, le contrat d'adhésion est, pendant de très nombreuses années, demeuré une notion doctrinale subsidiaire évoluant dans l'ombre de la justice contractuelle qui rencontrait un essor remarquable. Bien que cela fut plus ou moins avoué à demi-mot, cette intensification du principe de justice contractuelle était souvent, si ce n'est toujours, motivée par la volonté croissante de remédier au déséquilibre de pouvoirs, favorisé par la conclusion du contrat d'adhésion, qui finissait par gangrener la relation contractuelle.

Les réformes française et québécoise du droit des contrats ont fait de ce lien consubstantiel un lien indissoluble. En définissant les principales caractéristiques du contrat d'adhésion, le droit des contrats français et québécois intègrent dans leur droit commun la figure d'un contrat structurellement déséquilibré. Cette intégration pare au potentiel déséquilibre du contenu obligationnel du contrat auquel peut conduire la conclusion d'un contrat d'adhésion en mobilisant des outils qui visent à restaurer et à promouvoir la justice contractuelle. Si l'insertion du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois consolide la place de la justice contractuelle au sein du discours contractuel, cette définition de droit commun contribue également à étendre le champ d'application de ce principe grâce à la sollicitation des liens de connexité avec les droits spéciaux. Désormais, et grâce aux règles propres du contrat d'adhésion, qu'elles furent du droit commun ou de droit spécial, la justice contractuelle irrigue plus profondément le nouveau droit des contrats.

21. Annonce de plan. Telle est la contribution significative du contrat d'adhésion au droit positif contractuel français, mais aussi québécois. A travers son lien consubstantiel (**Partie 1**), désormais rendu indissoluble (**Partie 2**), avec la justice contractuelle, le contrat d'adhésion participe à l'écriture d'une nouvelle étape de l'histoire du droit des contrats en permettant, avec le principe de justice contractuelle, de renouveler l'esprit de la théorie générale du contrat.

s'intéresse plus spécifiquement à la linguistique et à la « force illocutionnaire des textes ou des concepts pris en tant qu'actes de langage » (p. 34).

Partie 1 : Le lien consubstantiel entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle

22. L'approche historique des idées, ou intellectuelle, nous a conduit à opérer une « archéologie du savoir »¹⁸² destinée à exhumer le lien qui unit le contrat d'adhésion à la justice contractuelle, de la naissance de la notion jusqu'à aujourd'hui. En reconstituant les différents discours contractuels qui se sont succédés depuis l'adoption du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada grâce aux textes de loi, aux décisions jurisprudentielles ou aux travaux de la doctrine, nous avons pu constater que le lien reliant la notion de contrat d'adhésion à la justice contractuelle est consubstantiel. Le contrat d'adhésion, de par son contexte d'apparition et ses caractéristiques particulières, n'a eu de cesse d'accompagner le mouvement d'affirmation et d'émancipation de la justice contractuelle dans une théorie générale du contrat profondément imprégnée du principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Parce qu'il caractérise des situations de déséquilibres contractuels, le contrat d'adhésion appelle à toujours plus de justice contractuelle. Parce qu'il appelle à toujours plus de justice contractuelle, des règles dérogatoires aux principes de la théorie classique du contrat vont être élaborées. A travers ces dispositions, qui constituent son régime, le contrat d'adhésion devient le vecteur incontournable de promotion et d'application de la justice contractuelle.

23. Si le lien entre contrat d'adhésion et justice contractuelle peut aujourd'hui sembler évident et naturel, il n'en a curieusement pas toujours été ainsi. Il faudra attendre l'avancement des travaux de réforme du droit des contrats, tant français que québécois, pour assister à la consécration de ce lien. Longtemps, le contrat d'adhésion fut considéré comme une notion, certes riche, mais subsidiaire dans l'affirmation de la justice contractuelle (**Titre 1**). Ce n'est qu'à la suite d'un cheminement laborieux vers sa consécration en tant que catégorie juridique essentielle que le contrat d'adhésion, par le biais d'un régime conçu pour protéger la partie vulnérable, s'affirme comme l'indispensable promoteur de la justice contractuelle et le formidable intermédiaire à son émancipation (**Titre 2**).

¹⁸² **JAMIN (C.)**. « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (N.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 170.

Titre 1 : La naissance d'une notion doctrinale subsidiaire

24. La proposition doctrinale du contrat d'adhésion découle d'un contexte socio-économique particulier et est le fruit d'une pensée progressiste et sensible à la défense des intérêts des plus vulnérables. Inventé au lendemain de la Révolution industrielle par Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion se présente comme l'instrument idéal de dénonciation des inégalités contractuelles les plus flagrantes et l'intermédiaire parfait de remise en cause des piliers traditionnels de la théorie classique du contrat, à savoir la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté. Souvent à l'origine de doctrines « sociales » et de législations axées sur une recherche active de l'équité, le contrat d'adhésion accompagne l'expansion, l'enrichissement et le renouveau de la justice contractuelle. De par ses caractéristiques et les problématiques qu'il soulève, le contrat d'adhésion bouscule la conception classique de la justice contractuelle et invite à élargir la compréhension que l'on peut en avoir.

Toutefois, cette étroite corrélation ne sera pas pleinement exploitée, ou bien tardivement. En effet, l'archéologie du discours contractuel français et québécois que nous amène à réaliser l'approche historique des idées démontre que la trajectoire du lien entre contrat d'adhésion et justice contractuelle n'a pas suivi une dynamique strictement identique dans les deux pays. Malgré certains points communs, le caractère subsidiaire de la notion de contrat d'adhésion apparaît plus marqué en France où elle évolue à la périphérie d'un discours contractuel en pleine métamorphose (**Chapitre 1**). À l'inverse, le contrat d'adhésion semble jouer un rôle appréciable dans l'évolution du discours contractuel québécois (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion à la périphérie du discours évolutif du droit des contrats français

25. « Le XIX^e siècle est héritier et en même temps juge des principes de la Révolution française »¹⁸³. C'est au cours de cette époque, et plus particulièrement au tournant de la fin du XIX^e siècle, que les spécialistes des sciences humaines, sociologues et juristes, vont dresser le bilan social de l'application des principes individualistes de leurs temps. Les individus, dégagés de leurs caractéristiques sociales et détachés des groupes et entités auxquels ils appartiennent, sont perçus comme des citoyens à part entière et autonomes, libres d'exercer leurs droits tout en étant tributaires de devoirs¹⁸⁴. Cette vision de l'Homme n'a pas manqué d'inspirer la théorie du contrat de l'époque. Les rédacteurs du Code Napoléon ont, en effet, une vue très abstraite des individus alors complètement dépouillés de leurs particularités¹⁸⁵. Le contrat est perçu comme un instrument d'émancipation, conclu entre deux parties libres, autonomes et placées sur un même pied d'égalité. Il est l'expression d'un idéal de justice qu'est l'équivalence des prestations, autrement dit la justice commutative. Les rédacteurs sont alors persuadés que le contrat est la meilleure expression de cette justice qu'il cherche à atteindre. Une telle conception du contrat sied parfaitement à une société encore majoritairement agraire et rurale où les contrats sont passés entre les membres d'une même communauté. C'était sans compter l'exode rural et le développement sans précédent du machinisme qui a conduit au déclenchement de la Révolution industrielle. Cette industrialisation effrénée est allée de pair avec le paupérisme des classes laborieuses. La misère ouvrière n'a pas manqué de révolter certains esprits qui ont alors pris conscience des limites du volontarisme. Le contrat d'adhésion, notion estampillée par Raymond Saleilles, et étendard de cette admonition, contribua, entre autres, à ternir un peu plus l'idéal du contrat négocié. Le contrat traverse alors sa première crise¹⁸⁶.

Loin de signer l'arrêt de mort du contrat, cette crise vient plutôt enrichir la notion de contrat. Cependant, elle ne va pas sans bouleverser les piliers fondateurs de la théorie

¹⁸³ **TELLIER (F.)**. « Le droit à l'épreuve de la société : Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *Rev. hist. fac. dr.*, p. 148.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ **JAMIN (C.)**. « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », in *Les Conférences Albert-Mayrand : 1997-2011*, Montréal : Ed. Thémis, 2012, p. 188

¹⁸⁶ **BATIFFOL (H.)**. « La "crise du contrat" et sa portée », in *Mélanges Henri Batiffol, choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976, p. 393.

classique du contrat. En réaction à la construction de la théorie générale du contrat d'adhésion, va être repris du droit international privé le principe de l'autonomie de la volonté, désormais applicable au contrat conclu entre particuliers¹⁸⁷. En effet, il est à la fois curieux et évident de remarquer que ce principe ne figure nulle part dans le Code civil¹⁸⁸. Pourtant, ce n'est pas faute à la doctrine libérale de l'avoir souvent mentionné si bien que le principe semble être écrit entre les lignes de l'ancien article 1134 du Code civil. Concurrencé par le contrat d'adhésion, il y a désormais un besoin pressant de matérialiser le principe de l'autonomie de la volonté comme pour réaffirmer sa préséance sur tout autre principe, voire sur toute autre doctrine. En conséquence, le contrat d'adhésion n'a pas réussi à s'imposer ni sur la scène doctrinale, ni en droit positif. Éclipsé lors des célébrations anniversaires du Code civil, sous-entendu dans la doctrine solidariste contemporaine, le contrat d'adhésion se cantonne toujours au statut de qualification implicite des règles spéciales du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence. Alors que le discours du droit des contrats français évolue vers une plus grande prise en compte de la justice contractuelle et se teint d'une plus grande sensibilité à la protection de la partie faible, le contrat d'adhésion, pourtant moteur de cette métamorphose, reste dans l'ombre. En effet, après avoir été clairement exposée au début du XX^e siècle, la corrélation entre justice contractuelle et contrat d'adhésion est devenue nébuleuse jusqu'à conduire à un effacement du contrat d'adhésion dans la pratique de la justice contractuelle.

26. Afin de mieux apprécier les péripéties ayant affecté le lien entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle, nous avons choisi de contextualiser le contrat d'adhésion au sein du récit théorique du droit des contrats. Pour ce faire, nous avons décidé d'adopter une approche chronologique en nous arrêtant sur des périodes charnières de l'histoire des idées du contrat. C'est ainsi que nous étudierons le contrat d'adhésion dans l'histoire des idées du contrat au XIX^e siècle (**Section 1**), puis durant la période qui précède la Première guerre

¹⁸⁷ **RANOUIL (V.)**. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. LEVY (J.-P.), Paris : PUF, 1980, p. 80. Pierre angulaire de la théorie du classique du contrat, le principe de l'autonomie de la volonté provient, en réalité, du droit international privé et permettait aux parties de choisir, à leur gré, la loi qu'ils souhaitaient applicable à leur contrat. Le terme « autonomie » était alors compris strictement, c'est-à-dire dans le sens : avoir la possibilité de choisir sa propre loi. L'autonomie de la volonté d'alors n'était donc pas synonyme de l'autonomie des parties comme cela a été compris par la suite en droit des contrats interne.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 5.

mondiale (**Section 2**) pour enfin achever notre voyage dans le temps au début du XXI^e siècle (**Section 3**).

Section 1 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats au XIX^e siècle

27. Si l'adhésion au contrat était une forme de consentement bien connu du droit romain¹⁸⁹, il faudra attendre l'œuvre de Raymond Saleilles pour voir naître la notion de contrat d'adhésion telle qu'on la connaît aujourd'hui. Indicateur d'un bouleversement apparu au sein des relations sociales à un instant donné, le contrat d'adhésion ne pouvait donc découler de l'imagination des codificateurs du Code Napoléon. Certes, ces derniers se sont inspirés des dispositions de l'Ancien droit, composé, entre autres, du droit romain, pour rédiger les dispositions du Code Napoléon. L'on peut donc supposer qu'ils aient été familiers de la notion de stipulation, ancêtre du contrat d'adhésion. Cependant, l'on peut raisonnablement estimer, qu'au regard de l'idéal de société qu'ils partageaient, ils n'aient pas considéré l'adhésion comme un mode de formation possible du contrat. Ce dernier n'était tout simplement pas représentatif de la société que le Code cherchait à encadrer et à représenter : une société agraire et rurale, où les contrats étaient négociés et conclus entre les membres d'une même communauté (§ 1). Mais alors que cette société préindustrielle se transforma petit à petit en société industrielle, le Code Napoléon, et plus particulièrement son droit des contrats, se retrouva très rapidement en décalage avec les besoins modernes de ce nouvel ordre social (§ 2).

§ 1 : Les relations contractuelles dans la codification napoléonienne

28. *Refonder un ordre social et moral.* Le Code Napoléon a joué un rôle déterminant dans le tournant historique, politique et social de la société postrévolutionnaire française. Outre l'ordonnement des règles de droit, il est particulièrement intéressant, et essentiel, de rappeler que le Code civil de 1804 a été adopté au lendemain d'une longue et lourde période de troubles et de conflits qui a alors plongée la France entière dans une profonde instabilité politique. En effet, l'on sait combien la Révolution française a ébranlé les fondations et les institutions de la France, et a été le théâtre des épisodes les plus sanglants

¹⁸⁹ V. *supra* n° 2.

de l'Histoire de France. Nous pensons à la Terreur de 1793, et plus particulièrement à la guerre de Vendée qui a profondément marqué les esprits des rédacteurs du Code civil¹⁹⁰. Ce nouvel état de nature « n'était en rien un paradis façon Rousseau, c'était, en fait, visiblement, l'enfer de Hobbes »¹⁹¹ où « l'homme est un loup pour l'homme ». La guerre de Vendée, et plus généralement la Terreur, avaient renversé l'idéal humaniste défendu par les Lumières. « Constat cruel de ces années : le bon sauvage n'existe pas, et il déserte, en conséquence, la rhétorique. L'archétype humain, c'est dorénavant le mauvais sauvage, le cannibale, l'anthropophage [...] »¹⁹².

Plus que distendues, les relations sociales étaient totalement démantelées et déshumanisées¹⁹³. Le Code Napoléon inversa la tendance en fixant les nouvelles règles du jeu de la vie civile¹⁹⁴. Héritier des premières codifications romaines et occidentales¹⁹⁵, la codification napoléonienne a pour objectif de rendre le droit accessible à tous et compris

¹⁹⁰ **NIORT (J.-F.)**. *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, préf. HALPERIN (J.-L.), Aix-en-Provence : PUAM, 2004, p. 61.

VILLEMMAIN (J.). *Vendée 1793-1794 : crime de guerre ? crime contre l'humanité ? génocide ? Une étude juridique*, Paris : Ed. du Cerf, 2017, p. 58 et s. : la guerre de Vendée reçoit aujourd'hui, selon les règles du droit pénal international contemporain, la qualification de crime de guerre et de crime contre l'humanité (p. 82 et s.), celle de génocide étant encore largement débattue (p. 101 et s.). Bien qu'il n'y ait pas eu de politique officielle prévoyant de mener des attaques organisées envers la population civile, les atrocités commises durant la guerre de Vendée ne concernèrent pas uniquement les milices rebelles engagées dans les combats mais touchèrent également les habitants de la région qui souffrirent de nombreuses pertes (la majorité des victimes de la guerre de Vendée sont des civils) et de violents pillages. Les villages furent détruits, et les femmes, les enfants et les personnes âgées furent victimes d'actes de barbarie. Les rebelles vendéens, qui avaient alors pris part aux révoltes, furent désignés comme « hors-la-loi » (p. 59). Cette qualification laissait sous-entendre bien plus qu'une déchéance des droits civiques et civils. Non seulement les rebelles étaient exclus de la Cité, mais ils étaient également rejetés de l'humanité (p. 60), c'est-à-dire qu'ils n'étaient plus considérés comme des Hommes. Par conséquent, tous les coups étaient permis pour s'assurer leur mise à mort. Les historiens ne parviennent pas à s'attendre sur la qualification de génocide. Le génocide suppose l'extermination d'un groupe de personnes appartenant à une nation, un groupe ethnique, une confession, ou une race différente. Or, la population vendéenne ne répond à aucun de ces critères. Ceci dit, la loi du 1^{er} août 1793, de son véritable titre « décret relatif aux mesures à prendre contre les rebelles de Vendée », dite aussi la loi d'anéantissement de la Vendée, prévoyait noir sur blanc « l'extermination de cette race rebelle » (p. 83). Bien que ce pan de la législation révolutionnaire s'apparente plus à un discours politique qu'à une véritable loi, certains historiens considèrent le programme de la loi du 1^{er} août 1793 comme prévoyant le génocide des vendéens.

¹⁹¹ **MARTIN (X.)**. *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, op. cit., p. 408.

¹⁹² *Ibid.*, p. 409.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 410 et s.

¹⁹⁴ **ESMEIN (A.)**. « L'originalité du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (rééd.), p. 10 et 14 ; **GAUDEMET (J.)**. « La codification, ses formes et ses fins », in *La codification et l'évolution du droit*, XVIII^e Congrès de l'IDEF, Louisiane, 3-9 nov. 1985, *Rev. jur. et pol., indépendance et coopération*, janv.-juin 1986, n^{os} 3 et 4, p. 244 et 246 ; **GAUDEMET (Y.)**. « Le Code civil, "constitution civile de la France" », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 300, n^o 7 ; **GLAUDET (P.)**. « Le Code Napoléon, fondateur de la nation française », *Deffrénois*, mai 2004, n^o 9, p. 621 ; **CABRILLAC (R.)**. « Des juristes au service de la cité : la genèse du Code civil français », in *Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc : le juriste dans la cité*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, p. 151.

¹⁹⁵ **GAUDEMET (J.)**. « Codes, collections, compilations : les leçons de l'histoire, de Grégorius à Jean Chappuis », *Droits*, déc. 1996, n^o 24, p. 3 et s. ; **ZENATI (F.)**. « Les notions de code et de codification », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Paris : Litec, 1998, p. 217 et s.

de tous grâce à une écriture simple et claire¹⁹⁶. Grâce à cette accessibilité, le Code civil assoit les bases d'une structure organisée¹⁹⁷. Il charpente les règles du droit privé, devenu « fondamentalement politique »¹⁹⁸. Sans nul doute, le droit privé était perçu comme l'instrument par excellence de « l'urgente réfection d'un indestructible tissu social »¹⁹⁹ car il venait, justement, encadrer les relations interindividuelles. C'est cette ossature originale qui fait la particularité du Code Napoléon et qui le démarque des codifications antérieures en permettant une unification du droit²⁰⁰. La codification napoléonienne est donc bien plus qu'une simple compilation de règles : elle est un véritable phénomène de société²⁰¹. En effet, « c'est toute une organisation sociale qui est voulue et décrite »²⁰² à travers les dispositions du Code dont la finalité première était, et est encore aujourd'hui, d'organiser la société civile²⁰³. Cette cohésion sociale est renforcée par l'instauration d'un ordre moral²⁰⁴ construit autour des valeurs traditionnelles et chrétiennes des codificateurs²⁰⁵. Certaines dispositions, telles des « versets d'un livre sacré »²⁰⁶, sont bien plus que des règles juridiques mais des règles morales et civiles. Plus qu'un « Code », ce dernier devient alors « la Constitution civile des français »²⁰⁷ et demeure, encore aujourd'hui, « un élément central de

¹⁹⁶ V. not. **GAUDEMET (J.)**. « La codification, ses formes et ses fins », *art. préc.*, p. 247 et s. ; **OPPETIT (B.)**. « De la codification », *D.*, janv. 1996, n° 1, p. 36 ; **BRAIBANT (G.)**. « Utilité et difficultés de la codification », *Droits*, déc. 1996, n° 24, p. 64 et s.

¹⁹⁷ **CARBONNIER (J.)**. « Codification », in *Dictionnaire de philosophie politique*, RAYNAUD (P.), RIALS (S.) (dir.), Paris : PUF, 1996, p. 90.

¹⁹⁸ **MARTIN (X.)**. *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 422.

²⁰⁰ **GAUDEMET (J.)**. « La codification, ses formes et ses fins », *art. préc.*, p. 247 ; **CARBONNIER (J.)**. « Le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2004, p. 21 ; **SERIAUX (A.)**. « Un temps pour codifier », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 3 et s., spéc. p. 5 ; **ZENATI (F.)**. « Les notions de code et de codification », *art. préc.*, p. 232.

²⁰¹ **GAUDEMET (J.)**. « La codification, ses formes et ses fins », *art. préc.*, p. 260.

²⁰² **GAUDEMET (Y.)**. « Le Code civil, "constitution civile de la France" », *art. préc.*, p. 298, n° 2.

²⁰³ *Ibid.*, p. 299, n° 5 et p. 300, n° 7.

²⁰⁴ **MARTIN (X.)**. *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, *op. cit.*, p. 298, n° 2 ; **ESMEIN (A.)**. « L'originalité du Code civil », *art. préc.*, p. 10.

²⁰⁵ **ARNAUD (A.-J.)**. *Les origines doctrinales du Code civil français*, préf. VILLEY (M.), Coll. Biblio. philo. du droit, Paris : LGDJ, 1969, p. 38-39 ; **LIET-VEAUX (G.)**. « Portalis se méfie du droit intermédiaire révolutionnaire », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 7 ; **NIORT (J.-F.)**. « Retour sur "l'esprit" du Code civil des français », *Coll. Hist. justice*, 2009, n° 19, p. 127.

²⁰⁶ **CABRILLAC (R.)**. « Le Code civil à la fin du XX^e siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 73, n° 2.

Les versifications auxquelles se sont adonnées certains juristes de l'époque sont la preuve de la dimension morale du Code civil. Certes, elles avaient également pour objectif de rendre hommage au Code civil et à ce qu'il représentait aux yeux des juristes et de la société. Mais elles avaient surtout pour ambition de transmettre à chaque citoyen français, par le biais de la poésie, les valeurs morales contenues dans le Code : « L'insertion des "moralités" dans une loi qui devient ainsi plus proche de ses destinataires, et, en un mot, plus "parlante" » était le souci premier de ces versificateurs. Sur ce point v., **ESMINGER (A.)**. « Les versifications du Code civil : un paroxysme de nomophilie », *R.R.J.*, 1989-1, n° 36, p. 145, spéc. p. 152, p. 154.

²⁰⁷ **CARBONNIER (J.)**. « Le Code civil », in *Les Lieux de mémoire*, NORA (P.) (dir.), Coll. Biblio. illustrée des Histoires, Paris : Gallimard, 1997, p. 309.

la constitution civile de notre pays et non pas un recueil de lois parmi d'autres que distinguerait seulement le prestige de l'ancienneté et d'une certaine cohérence »²⁰⁸.

29. Le contrat au service de la société. Les relations familiales, bases de toute société, pâtirent également du contexte hostile qui influa sur la France si bien que la priorité pour les rédacteurs du Code Napoléon fut de réhabiliter les relations de famille²⁰⁹. Cependant, ils n'oublièrent pas les liens « hors famille », les liens d'amitié²¹⁰, c'est-à-dire les relations contractuelles. Cherchant à revaloriser l'importance de la parole donnée, les codificateurs souhaitaient également, et de tout évidence, établir une politique contractuelle à l'image de la société qu'ils souhaitaient reconstruire : « Très souhaitable enfin est généralement, pour l'heureuse santé du tissu social, celle des liens contractuels. Désordre monétaire, détraquement contractuel, gravissimes l'un et l'autre, avaient été en ce domaine l'héritage désastreux de la Révolution. Moyennant quoi, les rédacteurs du Code civil, évidemment vont attacher grande importance à restaurer la probité dans les contrats »²¹¹. Ces derniers, alors considérés comme source première des obligations²¹², étaient perçus par les codificateurs comme des vecteurs nécessaires au développement de la civilisation²¹³. Envisagés comme le seul instrument capable d'encadrer les échanges, que les rédacteurs souhaitaient favoriser²¹⁴, le contrat rapprochait indéniablement les Hommes entre eux²¹⁵. Partant, il était le ciment parfait pour reconsolider la société. Or, la Révolution avait sapé la confiance des citoyens entre eux si bien qu'« il a fallu tenir les êtres faibles qu'ils étaient (ou qu'ils étaient devenus) par la pointe aiguisée d'un article qui devait les contraindre à respecter leurs engagements, sans trahir et quel qu'en soit le prix »²¹⁶.

²⁰⁸ GAUDEMET (Y.). *Ibid.*, p. 298, n° 1 ; GAUDEMET (Y.). « Les moments du droit », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, op. cit., p. 16, n° 2.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 419 et s. ; JAUME (L.). « Terminer la Révolution par le Code civil ? », 2009, *Coll. Hist. justice*, n° 19, p. 183 ; LEQUETTE (Y.). « Le droit est la semence des mœurs », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, op. cit., p. 391.

²¹⁰ MARTIN (X.). *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, op. cit., p. 445-446.

²¹¹ *Ibid.*, p. 447.

²¹² DEROUSSIN (D.). « Le contrat à travers le Code civil des français », *Coll. Hist. justice*, 2009, n° 19, p. 251-252.

²¹³ *Ibid.*, p. 256. V. égal. SUPIOT (A.). *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Ed. du Seuil, 2005, p. 137 et s.

²¹⁴ NIORT (J.-F.). *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, op. cit., p. 199.

²¹⁵ DEROUSSIN (D.). « Le contrat à travers le Code civil des français », *art. préc.*, p. 254 ; FENET (P.-A.). *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Osnäbruck : Otto Zeller, 1968, p. 415 : « On ne saurait concevoir de rapprochement entre les hommes, en quelque petit nombre que ce soit, sans voir s'établir à l'instant entre eux des rapports d'où naissent inévitablement des droits et des devoirs réciproques. Si chacun d'eux a droit à ce qui est nécessaire à son existence, chacun d'eux doit respecter le même droit » (allocution de Portalis).

²¹⁶ JAMIN (C.). « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 51.

30. La force contraignante du contrat. C'est toute la raison d'être de l'ancien article 1134 du Code civil²¹⁷ qui est bien loin de consacrer la fameuse théorie de l'autonomie de la volonté. Cette dernière découle, en fait, d'une lecture anachronique dudit article. Nous ne reviendrons pas sur l'idée largement débattue²¹⁸, et désormais évidente, que les codificateurs n'avaient nullement eu pour intention d'exalter la volonté libre et autonome des Hommes²¹⁹, de « placer les parties sur un piédestal en les situant au même niveau que le législateur »²²⁰, et d'assimiler le contrat à la loi²²¹. Les rédacteurs de l'article 1134 souhaitaient, en réalité, faire une comparaison entre la loi et le contrat afin de souligner la force obligatoire contraignante de ce dernier à laquelle les parties ne pouvaient déroger²²². Il faut, en effet, garder à l'esprit que les dispositions du Code Napoléon avaient pour

²¹⁷ Art. 1134 C. civ. (anc.) : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites./Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise./ Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

²¹⁸ Une majorité de la doctrine reconnaît que l'ancien article 1134 ne consacrait nullement la philosophie kantienne, à laquelle Portalis était de toute façon réfractaire, de la volonté toute puissante. Cette lecture n'est apparue que postérieurement à l'élaboration du Code Napoléon, soit au milieu du XIX^e siècle et lors de l'apparition de l'École de pensée allemande. La doctrine de cette époque a alors joué de la polysémie du mot « loi » pour n'en retenir qu'une conception contemporaine : la loi comme règle de droit écrite par le législateur. Dès lors, le contrat, fruit de la toute-puissante volonté des parties, était assimilé à la loi.

V. **ATIAS (C.)**. « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Coll. Hist. justice*, 2009, n° 19, p. 115 ; **BÜRGE (A.)**. « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, janv.-mars 2000, n° 1, p. 1, spéc. p. 9 ; **CERMOLACCE (A.)**. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil) », in *La loi : bilan et perspectives*, PUIGELIER (C.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2005, p. 108 ; **CHAZAL (J.-P.)**. « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *RTD civ.*, avr.-juin 2001, n° 2, p. 265 ; **DEROUSSIN (D.)**. « Le contrat à travers le Code civil des français », *art. préc.*, p. 278 ; **JAMIN (C.)**. « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.*, mars 2002, n° 11, p. 902, spéc. p. 904 ; **LEVENEUR (L.)**. « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 285, spéc. p. 298-299.

²¹⁹ **MARTIN (X.)**. *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, *op. cit.*, p. 16 et s. : le professeur Martin admet que les codificateurs ne semblent pas avoir eu une bonne opinion de l'Homme et loin d'eux semble avoir été l'idée d'en faire son exaltation. L'auteur défend donc l'idée que les rédacteurs du Code Napoléon furent empreints de « pessimisme anthropologique ». Partant, la lecture que l'on présente aujourd'hui du Code comme célébrant la conception d'un homme libre et éclairé, raisonné et raisonnable, doté d'une volonté forte est, en fait, une interprétation très contemporaine et très romancée de l'œuvre de Napoléon. Dès lors, selon le professeur Martin, cette grille de lecture deviendrait un mythe lorsqu'on l'applique aux années 1800 (p. 458 et s.). Cependant, le pessimisme anthropologique décrit par l'auteur doit être nuancé car la réalité est bien plus complexe. Si les codificateurs étaient pessimistes, ils n'en étaient pas moins « réalistes » ce qui explique qu'ils n'aient pas totalement perdu foi en l'humanité (**NIORT (J.-F.)**. « Retour sur "l'esprit" du Code civil des français », *Coll. Hist. justice*, 2009, n° 19, p. 124). Ils croyaient en la bonne foi et à l'intégrité de l'Homme. C'est pourquoi l'objectif premier des codificateurs était de réhabiliter le citoyen français dans son humanité « perdue » en posant un cadre à sa vie sociale.

²²⁰ **JAMIN (C.)**. « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *art. préc.*, p. 51.

²²¹ **CERMOLACCE (A.)**. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil) », *art. préc.*, p. 112, n° 23.

²²² *Ibid.*, p. 111, n° 22 ; **FENET (P.-A.)**. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, p. 220 : « Cependant l'intervention de la loi pour contraindre l'une des parties à remplir son engagement n'ayant lieu que quand l'autre partie l'avait exécuté, cela ne suffisait point encore pour faire triompher la bonne foi. Il n'y avait qu'un seul moyen de la maintenir, celui de rendre obligatoire les contrats du moment qu'ils auraient été formés, et avant même qu'ils fussent exécutés par l'une ou l'autre des parties. Les principes de la législation romaine n'atteignirent à la perfection que quand il fut établi que les contrats auraient entre les parties la force de loi » (allocution de Portalis).

vocation de cimenter les relations sociales. Ceci dit, nous souhaiterions tout de même souligner la prouesse et l'intelligence rédactionnelle des rédacteurs car la désormais célèbre formule de l'ancien article 1134, alinéa 1^{er}, reprise presque sans retouche à l'article 1103²²³ nouveau du Code civil, a traversé les siècles grâce à sa « plasticité »²²⁴. S'ils ont été influencés par certains courants philosophiques et débats doctrinaux de leur époque, les codificateurs n'en ont rien laissé paraître dans des dispositions qui se veulent malléables et adaptables, prêtes à accueillir toute interprétation future qui siérait aux besoins d'une époque²²⁵. Grâce à une maîtrise superbe de la langue du droit²²⁶, les codificateurs ont pu garantir à la fois la stabilité du Code et son évolution temporelle. « Telle est la beauté d'une rédaction noble, l'article 1134 reste parfaitement dans son temps voire en avance... »²²⁷. Cela n'est pas sans rappeler la fameuse locution de Portalis : « Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas »²²⁸.

31. La grande liberté des parties. L'on comprend donc que les parties à un contrat conclu en 1804 ne disposaient pas d'une volonté toute puissante et que leur contrat devait respecter le système juridique dans lequel il s'inscrivait. Le contrat conclu, qualifié plus tard de « loi des parties », devait respecter les normes légales supérieures²²⁹. Cependant, il est indéniable que ces mêmes parties étaient titulaires d'une grande liberté contractuelle dans la tenue de leurs affaires. Comme le soulignait Portalis : « En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là, cette foule de contrats connus, dans les lois romaines, sous le titre de contrats innommés. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique »²³⁰. Ces propos nous invitent encore une fois à nuancer le « pessimisme anthropologique » mis en avant par le professeur Martin. En puisant dans les écrits de Domat, inspiré du droit romain et du droit canonique, les

²²³ Art. 1103 C. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

²²⁴ **DEROUSSIN (D.)**. « Le contrat à travers le Code civil des français », *art. préc.*, p. 289.

²²⁵ **ATIAS (C.)**. « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *art. préc.*, p. 113 et 118.

²²⁶ **DEROUSSIN (D.)**. *Ibid.*

²²⁷ **CERMOLACCE (A.)**. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil) », *art. préc.*, p. 118, p. 39.

²²⁸ **PORTALIS (J.-E.-M.)**. *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen : PUC, 2010, p. 73.

²²⁹ **DEROUSSIN (D.)**. « Le contrat à travers le Code civil des français », *art. préc.*, p. 278 et s.

²³⁰ **PORTALIS (J.-E.-M.)**. *Discours et rapports sur le Code civil*, *op. cit.*, p. 106-107.

codificateurs croyaient à la liberté et au libre-arbitre de l'Homme²³¹. Les citoyens avaient donc la liberté de contracter avec la personne de leur choix, et de déterminer le contenu de leur contrat en fonction de leurs intérêts tout en respectant l'article 6 du Code civil. Bien que certains aient pu percevoir les anciens articles 1134 et 1135²³² comme des traductions du dirigisme napoléonien²³³, d'autres adoptent une lecture plus nuancée estimant que ces dispositions permettent, au contraire, l'épanouissement d'un certain libéralisme économique²³⁴. Cependant, ce libéralisme, et les relations contractuelles qui le nourrissent, ne devaient pas enfreindre une certaine justice. Mais de quelle justice s'agissait-il ? Si la liberté contractuelle fut réelle, qu'en était-il de l'égalité ?

32. Les prémisses de l'inégalité contractuelle. Si le Code Napoléon entérine le principe, issu de la Révolution française, de l'égalité de droit entre les individus, il n'en va pas de même de l'égalité de fait. Ce fut d'ailleurs l'une des premières conséquences injustes du Code dénoncées par ses récipiendaires quelques années après son adoption²³⁵. « Code des propriétaires », « Code du capital », « Code bourgeois »²³⁶ : ces qualificatifs sont loin d'être inconnus. Le Comité de rédaction du Code civil n'avait-il pas prévu une quelconque protection pour « le pauvre et l'opprimé »²³⁷ ? Rien n'est moins sûr. Le cas de la rescision pour lésion en témoigne. Cette dernière ne fut pas tant introduite dans le Code pour protéger la partie vulnérable que pour « réprimer une forme illicite de spéculation »²³⁸ qui porterait atteinte au bon fonctionnement du marché et à la « fonction naturelle de l'échange dans la société »²³⁹. En ce sens, ce fut la lésion, que l'on qualifie aujourd'hui d'objective, qui fut consacrée. Partant, la justice défendue par les codificateurs était la justice commutative entendue comme l'équilibre des prestations et la recherche du juste-prix²⁴⁰. L'équité, reprise à l'ancien article 1135, renvoie donc à cette conception de la justice

²³¹ ARNAUD (A.-J.). Les origines doctrinales du Code civil français, *op. cit.*, p. 201 et s.

²³² Art. 1135 anc. : « 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 ».

²³³ ATIAS (C.). « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *art. préc.*, p. 114-115.

²³⁴ NIORT (J.-F.). *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, *op. cit.*, p. 156 ; POUGHON (J.-M.). « 1804-2004 : d'une lecture civiliste de l'économie à une lecture économique du droit civil », *C. de D.*, mars-juin 2005, n°s 1-2, p. 427, spéc. p. 433.

²³⁵ V. POUGHON (J.-M.). « Justice et codification », *C. de D.*, sept. 2001, vol. 42, n° 3, p. 737 et s.

²³⁶ LE BOURG (J.). « Le droit des contrats dans le Code civil : un droit bourgeois dans un code bourgeois ? », *art. préc.*, p. 89 et s.

²³⁷ NIORT (J.-F.). *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, *op. cit.*, p. 194.

²³⁸ DEROUSSIN (D.). « Le contrat à travers le Code civil des français », *art. préc.*, p. 271.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 273.

commutative que les termes du contrat doivent impérativement respecter. Dans un système où la liberté contractuelle prime et où les contrats sont perçus comme de véritables actes de transaction, cette conception de la justice est parfaitement compréhensible. Cette certitude est d'autant plus ancrée qu'aucun auteur des grands traités de droit civil de l'époque ne fait logiquement référence à une quelconque inégalité contractuelle qui viendrait s'opposer au contrat négocié²⁴¹. Était-elle donc inexistante ? Les contrats étaient-ils tous conclus, sans exception, entre membres d'une même communauté dans une société rurale encore, soi-disant, prépondérante²⁴² ? En réalité, si adhésion il y avait, elle était tout simplement considérée comme une acceptation au même titre qu'un consentement²⁴³. « Le laconisme, pour ne pas dire le silence du Code sur le maintien des rapports entre patrons et ouvriers signifie-t-il que les rédacteurs n'ont pas "conscience" de l'importance de ces rapports, ou même que le monde "moderne" et industriel du travail n'est pas assez développé à l'époque pour justifier sa présence et sa réglementation dans le Code civil ? »²⁴⁴. Bien que certains auteurs s'y refusent encore²⁴⁵, c'est au tournant des années 1870 que l'on peut lire les premières références à l'idée de contrat inégalitaire ou déséquilibré²⁴⁶. La plus importante sera faite par Acollas qui constate que dans certains contrats, « la liberté contractuelle va faire naufrage »²⁴⁷. L'auteur, pour illustrer ses propos, va notamment prendre pour exemple le contrat de travail signé par un ouvrier, mineur de fond, pour

²⁴¹ **DURANTON (A.)**. *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil*, t. 1, Paris : Neve, Rondonneau & Dècle, Garnery et Leloir, 1819 ; **POTHIER (R.-J.)**. *Traité des obligations*, préf. HALPERIN (J.-L.), Paris : Dalloz, rééd. 2011 (1821) ; **DURANTON (A.)**. *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 11, 4^e éd., Paris : Thorel et Guilbert, 1830 ; **TOULLIER (C.-B.-M.)**. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, 5^e éd., Paris : Renouard, 1840-1849 ; **AUBRY (C.), RAU (C.)**. *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, t. 3, 3^e éd., Paris : Cosse, 1856 ; **LAROMBIÈRE (M.-L.)**. *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code Napoléon*, t. 1, Paris : Durand, 1857.

²⁴² Suite à l'écroulement de la société féodale, la paysannerie se trouva totalement éclatée. Certains devinrent propriétaires des terres tandis que d'autres virent leurs conditions de vie se détériorer. Beaucoup firent le choix de quitter la campagne pour rejoindre la ville et les manufactures naissantes : **BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.)**. *Histoire économique et sociale de la France : 1789-1880*, t. 3, Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1993, p. 61 et p. 113 et s.

²⁴³ **AUBRY (C.), RAU (C.)**. *Cours de droit civil français*, t. 2, Strasbourg : Lagier, 1839, p. 480.

²⁴⁴ **NIORT (J.-F.)**. *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, *op. cit.*, p. 195.

²⁴⁵ **MARCADE (V.), PONT (P.)**. *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 7^e éd., Paris : Delamotte & Fils, 1873 ; **HUC (T.)**. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris : Pichon, 1894 ; **BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.)**. *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. 1, Paris : Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, et du Journal du Palais, 1897.

²⁴⁶ **LAURENT (F.)**. *Principes de droit civil*, t. 16, Bruxelles : Bruylant, Paris : Durand & Lauriel, 1875, p. 185 et s. ; **DEMOLOMBE (C.)**. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Cours de Code Napoléon*, t. 24, Paris : Lahure, 1878-1887, p. 48, n° 45 ; **DEMANTE (A.-M.)**. *Cours analytique de Code civil*, t. 5, Paris : Plon & Cie, 1883, p. 110, n° 76.

²⁴⁷ **ACOLLAS (E.)**. *Manuel de droit civil : commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, 2^e éd., Paris : Germer-Baillièrre, 1874, p. 720.

subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille²⁴⁸. L'idée de nécessité est ici particulièrement palpable. « Le lien contractuel noué, en effet, écrit Acollas, n'advient-il pas, dans une foule de contrats, qu'une volonté se trouve pour un temps sous le joug d'une autre, et l'autonomie de l'individu enchaînée pour un temps ? »²⁴⁹.

Au moment de la rédaction du Code, puis de son entrée en vigueur, la France connaît un développement industriel rapide et soutenu. Les grandes industries se multiplient, les villes manufacturières sortent de terre, les conditions de vie et de travail des classes laborieuses s'aggravent tandis que la bourgeoisie nouvelle, dite « d'affaires », s'enrichit et prospère²⁵⁰. Il existait donc une « conscience de classe » accrue et les rédacteurs du Code civil, qui craignaient les classes ouvrières associées à la Terreur, auraient pu poser les bases d'un droit du travail favorable aux dites classes dans un chapitre resté quasi-vidé²⁵¹, ou esquisser un droit contractuel plus sensible aux inégalités de pouvoir. Pour rappel, les codificateurs étaient des spécialistes du droit romain et avaient donc probablement connaissance de l'ancêtre de ce qui allait devenir le contrat d'adhésion. Néanmoins, ils choisirent d'accorder plus d'importance aux propriétaires, d'abord terriens, mais aussi aux nouveaux bourgeois²⁵². Le Code civil a donc été un admirable outil de préservation et d'émancipation des classes bourgeoises face à la montée en puissance des classes populaires. Œuvre de compromis, le Code va systématiser et cristalliser les acquis de la Révolution française en offrant au libéralisme économique le tremplin juridique nécessaire à son envolée²⁵³, d'où son qualificatif de « Code bourgeois » ou de « Code des propriétaires ».

33. Ces appellations vont à la fois nourrir et être nourries par la doctrine individualiste du milieu du XIX^e siècle qui développera la théorie de l'autonomie de la volonté. C'est alors que « censé ne pas avoir tenu ses promesses, l'individualisme est très sévèrement critiqué

²⁴⁸ **ACOLLAS (E.)**. *Manuel de droit civil : commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, op. cit., p. 720.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ **NIORT (J.-F.)**. *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, op. cit., p. 196 et note de bas de page n° 323 ; **BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.)**. *Histoire économique et sociale de la France : 1789-1880*, op. cit., p. 58 et p. 118 et s. : si le capitalisme n'était pas encore tout à fait enraciné, les relations commerciales se multiplièrent et certaines industries se développèrent très rapidement, notamment l'industrie textile, avec en particulier les filatures de coton. L'activité était d'autant plus soutenue que les ouvriers n'avaient aucun droit de grève et de rassemblement depuis l'adoption de la loi Chapelier en 1791. Les conditions étaient réunies pour faire prospérer les activités de la nouvelle bourgeoisie.

²⁵¹ Le chapitre relatif au « Louage d'ouvrage et d'industrie » ne comportait que deux dispositions (l'actuel article 1791 et l'ancien article 1792).

²⁵² **NIORT (J.-F.)**. *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, op. cit., p. 197-198.

²⁵³ **BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.)**. *Histoire économique et sociale de la France : 1789-1880*, op. cit., p. 112.

durant les dernières années du XIX^e siècle : le développement anarchique du capitalisme et la multiplication des troubles qu'il engendre appelle une refondation des idées républicaines »²⁵⁴ par une nouvelle génération de juristes qui « réinvente en quelque sorte le social »²⁵⁵.

§ 2 : Le Code Napoléon, relais juridique déphasé des valeurs sociales d'une société industrielle

34. Les critiques formulées à l'encontre du « Code bourgeois » se sont avérées d'autant plus justifiées et cuisantes à la fin du XIX^e siècle. En pleine Révolution industrielle, la société française, bien qu'encore majoritairement rurale, connaît une mutation sans précédent : les campagnes se vident, les villes industrielles ne cessent de gonfler et les inégalités sociales et économiques s'aggravent. Les théories individualistes alors dominantes ne convainquent plus et sont critiquées pour les excès et abus qu'elles peuvent entraîner. La recherche d'un profit toujours plus grand par la bourgeoisie nouvelle se fait au détriment des droits les plus fondamentaux des classes populaires, et plus particulièrement de leurs droits contractuels. A rebours de cette philosophie, certains juristes vont proposer et défendre une autre conception des relations entre ces classes, et notamment de leurs relations contractuelles. Respect, loyauté, bonne foi, entraide, tels sont les maîtres mots de cette nouvelle doctrine : le solidarisme contractuel. Apparu concomitamment à la naissance de ce qui allait devenir la figure de proue des relations contractuelles de la grande industrie, le contrat d'adhésion (A.), l'essor de la doctrine solidariste se trouve, en effet, intimement lié à la création de cette nouvelle figure contractuelle (B.).

A. La naissance du contrat d'adhésion

35. La notion de contrat d'adhésion est apparue pour la première fois en 1901, sur les pages de l'ouvrage rédigé par Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*²⁵⁶. Cependant, l'auteur n'en a dressé qu'un rapide portrait sans expliquer le choix de l'expression ou la motivation de sa création. Dès lors, il nous semble essentiel de nous replonger dans le contexte économique et social

²⁵⁴ JAMIN (C.). « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *art. préc.*, p. 905

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ SALEILLES (R.). *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, *op. cit.*

de l'époque (1.) et d'apprendre à connaître l'auteur et sa pensée (2.) afin de mieux comprendre la portée de la notion créée à cet instant de l'Histoire et de peser attentivement son poids doctrinal.

1. Le contexte socio-économique

36. *Aperçu de la société française à la fin du XIX^e siècle.* Le fossé se creuse entre la nouvelle bourgeoisie, devenue « haute » et mélangée d'aristocratie²⁵⁷, située au sommet de la pyramide, et les classes populaires que l'on retrouve à sa base. S'opposent, d'un côté, des manufactures devenues de vraies « dynasties » familiales, vivant dans une relative opulence²⁵⁸, et de l'autre, des familles ouvrières écrasées sous le poids des dettes²⁵⁹, de loyers trop chers (pour des logements souvent médiocres, voire insalubres²⁶⁰), et incapables de payer des frais de santé et d'instruction²⁶¹. Tels sont les traits typiques du tableau de la société française en cette fin du XIX^e siècle. Toutefois, cette représentation ne concerne qu'une partie seulement – néanmoins majoritaire – de la classe ouvrière. Dans une France où le monde rural reste prédominant et présente une certaine homogénéité²⁶², il n'en va pas de même pour la classe ouvrière. En effet, cette dernière est très diversifiée, voire disparate²⁶³. Un ouvrier parisien n'a pas du tout les mêmes conditions de vie et de travail qu'un ouvrier lillois ou roannais. Le statut du mineur du Nord de la France n'est pas comparable à celui d'un ouvrier de la métallurgie, qui lui-même sera moins bien loti que les artisans ou travailleurs indépendants. Cette diversité rend difficile toute organisation syndicale structurée, efficace et unitaire. Seuls les mineurs de fond réussissent à mettre en place un syndicat suffisamment puissant pour défendre les intérêts de la profession en raison de leur culture ouvrière enracinée et de leur fort sentiment d'appartenance au groupe²⁶⁴. Cependant, certains traits d'unité existent entre toutes ces catégories d'ouvriers : « l'insécurité, la vie au jour le jour, l'absence d'épargne, l'impossibilité d'accéder

²⁵⁷ **MAYEUR (J.-M.)**, *Les débuts de la III^e République : 1871-1898*, Coll. Nouvelle histoire de la France contemporaine – 10, Paris : Seuil, 1973, p. 85.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 88.

²⁵⁹ **BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.)**, *Histoire économique et sociale de la France : 1880-1950*, t. 4 (1-2), Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1993, p. 505.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 500.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 501-502.

²⁶² **MAYEUR (J.-M.)**, *Les débuts de la III^e République : 1871-1898*, *op. cit.*, p. 73.

²⁶³ *Ibid.*, p. 66 et s.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 73.

à la culture [...] »²⁶⁵. Ceci dit, les ouvriers du textile et les mineurs de fond semblent être les franges les plus vulnérables de la classe ouvrière.

37. Aperçu de la classe ouvrière française à la fin du XIX^e siècle. Les conditions de travail des ouvriers sont très souvent exécrables²⁶⁶, les horaires, longs, et les temps de pause, courts voire inexistant²⁶⁷. Le travail des enfants et des femmes est difficile, et ces dernières travaillent souvent à leur domicile afin d'éviter aux directeurs d'usine d'avoir à se soumettre aux inspections et contrôles d'hygiène et de sécurité. Cette configuration leur permet également de poursuivre plus discrètement le « *sweating system* »²⁶⁸ – littéralement, le « système qui fait suer » – qui est, ni plus ni moins, de la surexploitation ouvrière. Le machinisme et la spécialisation accrue des tâches rendent le « travail vide »²⁶⁹ et les ouvriers, de moins en moins qualifiés pour effectuer des tâches monotones, se voient « déposséder de leur art »²⁷⁰ et devenir des « ouvriers-machines »²⁷¹. L'agitation populaire gronde, et de plus en plus, les ouvriers ressentent une « haine persistante de l'usine et de sa discipline »²⁷², se rebelle face au « dressage »²⁷³ ouvrier et s'insurgent contre ce qu'ils appellent « le baigne industriel »²⁷⁴. Malheureusement, la législation sociale demeure pendant longtemps silencieuse. Il faudra attendre les ultimes années de ce XIX^e siècle pour voir être votées les lois sur les horaires de travail, limitant notamment les temps de poste pour les femmes et les enfants, en 1892 et celle sur les accidents du travail engageant la responsabilité patronale en 1898²⁷⁵.

38. Ces avancées, certes encore mineures, ne sont pas sans rappeler les revendications exprimées par Raymond Saleilles qui eut particulièrement à cœur le sort des classes populaires.

²⁶⁵ **MAYEUR (J.-M.)**. *Les débuts de la III^e République : 1871-1898*, *op. cit.*, p. 70.

²⁶⁶ Certains directeurs de manufactures ne mettent pas à disposition des ouvriers des sanitaires afin de s'assurer que ces derniers soient constamment à leur poste. Il en va de même des lieux de restauration. Certaines manufactures sont dépourvues de cantine, et les ouvriers doivent avaler leur gamelle dans un coin de l'usine et reprendre aussi vite que possible leur travail. V. **BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.)**. *Histoire économique et sociale de la France : 1880-1950*, *op. cit.*, p. 469.

²⁶⁷ **BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.)**. *Histoire économique et sociale de la France : 1880-1950*, *op. cit.*, p. 469.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 465.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 480.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 481.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*, p. 479.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 480.

²⁷⁵ **MAYEUR (J.-M.)**. *Les débuts de la III^e République : 1871-1898*, *op. cit.*, p. 72.

2. L'Idée de Raymond Saleilles

39. *Portrait de l'auteur.* Toutes ces évolutions et mutations aussi bien économiques que sociales n'échappent pas à la fine observation et à l'analyse juridique de Raymond Saleilles. Juriste du « juste-milieu »²⁷⁶, avant-gardiste²⁷⁷, réaliste²⁷⁸, profondément humaniste, mais quelque peu utopiste²⁷⁹, fervent catholique et homme de grande foi²⁸⁰ ; auteur éclectique, prolifique²⁸¹, voire « pléthorique »²⁸², Saleilles est indéniablement l'une des figures majeures de la pensée juridique contemporaine. De ses opinions politiques²⁸³ à ses travaux sur les accidents du travail²⁸⁴, la cession de dettes ou la déclaration unilatérale de volonté²⁸⁵, en passant bien entendu par l'élaboration de la méthode historique qui a influencé l'activité interprétative des lois²⁸⁶, Saleilles a constamment pour objectif de faire évoluer le droit français, et plus particulièrement son droit civil. Perpétuellement guidé par son souhait de justice et d'équité²⁸⁷, le juriste bourguignon s'inspire de l'observation des faits, de la sociologie et de l'histoire, sans oublier le droit comparé, pour défendre le progrès nécessaire des règles juridiques. Admiratif de la codification napoléonienne²⁸⁸, il regrette

²⁷⁶ **SACRISTE (G.)**. « Raymond Saleilles, homme de combat “juste milieu” », in *Raymond Saleilles et au-delà*, AUDREN (F.), CHÈNE (C.), MATHEY (N.), VERGNE (A.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2013, p. 25.

²⁷⁷ **DESLANDRES (M.)**. « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, BEUDANT (R.), CAPITANT (H.), AMBROISE (C.) [et alii], Paris : LNDJ, 1914, p. 256.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 266.

²⁷⁹ **ARAGONESES (A.)**. « Saleilles et les accidents du travail », in *Raymond Saleilles et au-delà*, *op. cit.*, p. 140.

²⁸⁰ **AUDREN (F.), CHÈNE (C.), VERGNE (A.)**. « Introduction : Raymond Saleilles, et au-delà... », in *Raymond Saleilles et au-delà*, *op. cit.*, p. 2 ; **DESLANDRES (M.)**. « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », *art. préc.*, p. 247 ; **JAMIN (C.), AUDREN (F.), BLOQUET (S.)**. *Lettres de François Génys à Raymond Saleilles, une trajectoire intellectuelle (1892-1912)*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, p. 7.

²⁸¹ **JAMIN (C.), AUDREN (F.), BLOQUET (S.)**. *Ibid.*, p. 8 et p. 11.

²⁸² **CHENEDE (F.)**. « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{ère} partie) », *RDC*, janv. 2012, n° 1, p. 243, n° 4.

²⁸³ **ROLLAND (P.)**. « De quelle façon Saleilles est-il républicain ? », in *Raymond Saleilles et au-delà*, *op. cit.*, p. 11 ; **SACRISTE (G.)**. « Raymond Saleilles, homme de combat “juste milieu” », *art. préc.*, p. 33 et s.

²⁸⁴ **ARAGONESES (A.)**. « Saleilles et les accidents du travail », in *Raymond Saleilles et au-delà*, *op. cit.*, p. 129 ; **DESLANDRES (M.)**. « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », *art. préc.*, p. 250.

²⁸⁵ **LEREBOURS-PIGIONNIERE (P.)**. « La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, p. 397.

²⁸⁶ **SALEILLES (R.)**. « Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents », *RTD civ.*, t. 1, 1902, p. 80 ; **SALEILLES (R.)**. « Le Code civil et la méthode historique », in *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, Paris : Dalloz-Litec, 2004, p. 97.

V. égal. **CHENEDE (F.)**. « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{ère} partie) », *art. préc.*, p. 244, n° 5 ; **CHERFOUH (F.)**. « Portrait d'un activiste : Raymond Saleilles au service de la science juridique », in *Raymond Saleilles et au-delà*, *op. cit.*, p. 41 ; **GAUDEMET (E.)**. *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris : La Mémoire du Droit, 2002, p. 124 et s. ; **GAUDEMET (M.-E.)**. « Raymond Saleilles et le Code civil allemand », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, p. 124 ; **TISSIER (A.)**. « Raymond Saleilles », *RTD civ.*, 1912, t. 11, p. 293.

²⁸⁷ **CHENEDE (F.)**. « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{ère} partie) », *art. préc.*, p. 245, n° 7.

²⁸⁸ **SALEILLES (R.)**. « Le Code civil et la méthode historique », *art. préc.*, p. 106 et s.

V. égal. **MATHEY (N.)**. « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 215-216.

cependant que les dispositions du Code civil n'aient pas été réformées depuis près d'un siècle et critique sévèrement la méthode exégétique qui enferme le Code dans un immobilisme stérile. « Juriste inquiet »²⁸⁹, Saleilles l'est surtout du droit des obligations²⁹⁰. « Comment le droit des obligations pourrait-il être immobile alors qu'il régit une grande partie de la vie des affaires, vie qui est changeante ? » se demande-t-il²⁹¹. C'est pourquoi Saleilles va appeler de ses vœux une révision du Code civil afin que ce dernier puisse acter l'évolution de la société industrielle et ses besoins, particulièrement ceux des groupes minoritaires, et notamment des classes ouvrières²⁹². Ayant une « puissante sympathie »²⁹³ à l'égard des plus faibles, l'éminent juriste, à la fois ému et révolté face aux conditions de vie et de travail des classes populaires, ne va cesser de défendre leurs intérêts. Promoteur de la « paix sociale »²⁹⁴, il ne pouvait concevoir qu'une classe sociale puisse en exploiter une autre²⁹⁵. Particulièrement vigilant aux relations employeur/salarié, il dénonce les abus commis dans les contrats de travail, contrats exceptionnels dont l'objet est l'Homme lui-même²⁹⁶.

40. Les premiers pas d'une idée. Ainsi, lorsque le père de la notion de contrat d'adhésion la mentionne pour la première fois à la page 229 de *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, il précise d'emblée que le contrat d'adhésion n'a rien d'un contrat si l'on s'en tient au modèle proposé au sein du Code civil : « il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom [...] »²⁹⁷. Dès lors, il propose de ne plus interpréter le contrat en question selon la commune volonté des parties, de toute façon inexistante, mais comme une loi²⁹⁸. Le juge devra donc interpréter le contrat d'adhésion en tenant compte « de ce que les chartes générales [les contrats de

²⁸⁹ BELLEAU (M.-C.). « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *C. de D.*, sept. 1999, vol. 40, n° 3, p. 507 ; DESLANDRES (M.). « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », *art. préc.*, p. 251.

²⁹⁰ GRYNBAUM (L.). « Saleilles et le droit des obligations : l'objectif du juste-milieu », in *Raymond Saleilles et au-delà*, *op. cit.*, p. 118.

²⁹¹ SALEILLES (R.) cité par LEREBOURS-PIGIONNIERE (P.). « La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », *art. préc.*, p. 400.

²⁹² SALEILLES (R.). « Le Code civil et la méthode historique », *art. préc.*, p. 110.

V. égal. MATHEY (N.). « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », *art. préc.*, p. 221.

²⁹³ DESLANDRES (M.). « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », *art. préc.*, p. 246.

²⁹⁴ DESLANDRES (M.). *Ibid.*, p. 244.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 253-254.

²⁹⁷ SALEILLES (R.). *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, *op. cit.*, p. 229, n° 89.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 230, n° 90.

travail ou de transport unilatéralement rédigés] doivent être dans l'intérêt de la collectivité auxquelles elles s'adressent »²⁹⁹. Il devra également prendre en considération les exigences de l'équité et de la bonne foi qui protègent la partie adhérente³⁰⁰. Ces impératifs doivent être combinées avec « ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu »³⁰¹. L'expression « lois d'humanité » n'est sans doute pas innocente. En effet, nous pouvons supposer qu'elle contribue à révéler l'aspect très impersonnel des contrats d'adhésion et représente ce que Saleilles souhaiterait injecter à ces relations contractuelles d'un nouveau genre. Malheureusement, Saleilles n'ira pas plus loin dans l'exploration de l'idée de contrat d'adhésion, jugée « hardie »³⁰², dont il souligne lui-même que le régime reste encore à construire³⁰³. Il lance la notion nouvellement créée comme une bouteille à la mer qui sera repêchée quelques années plus tard par une jeune doctrine³⁰⁴.

41. Le poids des mots. Avant d'étudier ce que cette jeune doctrine fera de la notion, nous pouvons penser que l'invention de cette notion, qualifiée de « contrat d'adhésion » « faute de mieux »³⁰⁵, n'a pas été innocente, du moins que le terme « adhésion » n'a pas été choisi au hasard. Mobilisant un vocabulaire très précis³⁰⁶, Saleilles avait peut-être eu pour ambition d'enfermer dans cette expression tous ses mécontentements et toutes ses inquiétudes face au virage amorcé par ces nouvelles relations contractuelles. La notion de contrat d'adhésion porterait donc en son sein toute la philosophie et la personnalité de son créateur. Elle est à la fois un instrument de dénonciation et l'indicateur d'un schisme dans la théorie du contrat. En effet, il fallait un terme suffisamment pesé pour décrire le bouleversement que connaissait la théorie du contrat fondée sur la liberté contractuelle et la volonté des parties. Le terme « adhésion », qui tranche avec ces axiomes, donne du poids à la critique de l'auteur. Aux antipodes de la domination que l'auteur répugnait tant, Saleilles percevait le contrat comme le lieu d'une lutte loyale, un arrangement équitable entre deux

²⁹⁹ SALEILLES (R.). *De la déclaration de volonté...*, *op. cit.*, p. 230, n° 90.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² LEREBOURS-PIGIONNIERE (P.). « La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », *art. préc.*, p. 430.

³⁰³ SALEILLES (R.). *Ibid.*, p. 229, n° 89.

³⁰⁴ V. *infra* n°s 57 et s.

³⁰⁵ SALEILLES (R.). *Ibid.*, p. 229, n° 89.

³⁰⁶ GAUDEMET (M.-E.). « Raymond Saleilles et le Code civil allemand », *art. préc.*, p. 133.

intérêts égoïstes. Le plus fort ne devait donc jamais abuser du plus faible pour imposer des clauses léonines ou usuraires³⁰⁷. Or, cette idée de domination est particulièrement présente dans la définition que l'auteur donne du contrat d'adhésion : « une prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale » et qui dicte sa loi à une collectivité indéterminée d'individus³⁰⁸. Cependant, la notion de contrat d'adhésion se présente également comme le relais idéal de protection de la partie vulnérable. De fait, Saleilles défend la nécessité de protéger les classes ouvrières et souhaite garantir que leurs relations contractuelles soient conclues de bonne foi et dans le respect mutuel des intérêts de chacun.

42. Cette volonté n'est pas sans rappeler un courant idéologique apparu concomitamment à la naissance du contrat d'adhésion : le solidarisme. Dès lors, il nous semble intéressant de replacer le contrat d'adhésion dans cette histoire des idées du droit des contrats³⁰⁹, et plus particulièrement de découvrir s'il entretient un quelconque lien avec le mouvement solidariste.

B. Le lien de corrélation entre la naissance du contrat d'adhésion et la doctrine solidariste

43. Comme nous venons de l'étudier, le contrat d'adhésion est né dans une conjoncture économique particulière, et s'inscrit dans un contexte idéologique changeant. En effet, la Révolution industrielle n'a pas uniquement bouleversé la société et son organisation. Elle a également conduit à une révolution des idées si bien que le contrat d'adhésion s'inscrit dans un courant doctrinal bien défini. L'apparition du solidarisme contractuel, dont Raymond Saleilles est un ardent défenseur, remonte à la fin du XIX^e siècle (**1.**). Ce bouillonnement intellectuel marque la naissance d'une philosophie, devenue ensuite doctrine, appelée « le solidarisme » dont le contrat d'adhésion est une conséquence (**2.**).

1. La conception des premières idées solidaristes

44. *Contexte de naissance du solidarisme.* La philosophie du solidarisme trouve son origine dans une doctrine apparue sous la Troisième République, qui fait de la « solidarité

³⁰⁷ **LEREBOURS-PIGIONNIERE (P.)**. « La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », *art. préc.*, p. 420.

³⁰⁸ **SALEILLES (R.)**. *Ibid.*, p. 230, n° 90.

³⁰⁹ **JAMIN (C.)**. « Notations sur le solidarisme contractuel », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Paris : Dalloz, 2017, p. 437-438.

sociale » sa « philosophie officielle »³¹⁰. Née sur fond de guerre franco-prussienne, les débuts de la Troisième République sont mis à rude épreuve par la Commune de Paris et les crises économique et politique qui s'enchaînent à un rythme rapide. La Grande dépression exacerbe les difficultés financières rencontrées par les français. La crise boulangiste cristallise des revendications, surtout nationalistes, émanant des classes moyennes et populaires, depuis longtemps étouffées³¹¹. Le défi majeur de la Troisième République fut donc de faire face aux bouleversements socio-économiques de la Révolution industrielle et de répondre aux réclamations des classes ouvrières. Ses politiques sociales avaient alors pour ambition de maintenir la cohésion et la paix sociale dans le but de « tranquilliser » et rassurer les français de l'époque³¹². La « solidarité sociale » sert alors de fil rouge aux dites politiques. Cette philosophie découle de la « synthèse solidariste » qui se présente comme un juste milieu entre la doctrine individualiste du XIX^e siècle et celle qui la nie en bloc³¹³. Sans pour autant remettre en cause l'individu et ses particularités, cette philosophie place la société au cœur de ses réflexions. Elle dresse le portrait d'un Homme qui n'est rien sans cette société, ni les membres qui la composent. L'Homme est, en effet, profondément lié à ces membres et aux groupes auxquels il appartient. Nombreux sont les auteurs qui ont contribué à la création, au développement et à l'affirmation de cette philosophie³¹⁴. Par souci de lisibilité, nous avons fait le choix de revenir sur les trois auteurs les plus marquants de ce mouvement.

45. Le solidarisme d'Alfred Fouillée. Le solidarisme social a particulièrement prospéré sous la plume d'Alfred Fouillée, à l'origine de ce qui est appelé « l'organicisme »³¹⁵. Ce mouvement conçoit la société comme un tout organique, à l'image d'un organisme vivant, dans le sens biologique du terme, composé de cellules représentées par les individus. « La société, écrit Fouillée, est tout à la fois, selon nous, un organisme naturel et une

³¹⁰ NIORT (J.-F.), « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *R.R.J.*, juin 1994, n° 3, p. 785.

³¹¹ MAYEUR (J.-M.), *Les débuts de la III^e République (1871-1898)*, *op. cit.*, p. 165.

³¹² COUSIN (C.), « La doctrine solidariste de Léon Duguit », *R.R.J.*, oct. 2001, n° 4, p. 1931.

³¹³ NIORT (J.-F.), *Ibid.*, p. 774-776.

³¹⁴ L'article du professeur Niort revient sur les écrits de la grande majorité des noms associés au solidarisme social (Comte, Guy-Grand, Duguit, Leroux, ou encore Renouvier) tout en concédant qu'il a fait le choix de ne pas tous les traiter. Concernant la doctrine juridique, il cite, entre autres, Maurice Hauriou, Georges Renard, Emmanuel Lévy, Ambroise Colin, Emmanuel Gounot, ou encore Albert Tissier (*cf.* note de bas de page n° 76).

³¹⁵ JAMIN (C.), « L'oubli et la science : regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e siècle et XX^e siècles », *RTD civ.*, déc. 1994, n° 4, p. 822.

résultante de contrats ou quasi-contrats qui sont l'œuvre des volontés »³¹⁶. Rejetant le caractère patriarcal et monarchique de l'Etat, qui devrait plutôt remplir un rôle de « tiers arbitre, justicier, réparateur »³¹⁷, Fouillée estime que « toute justice en définitive doit être contractuelle »³¹⁸. Inspiré de la charité chrétienne, Fouillée soutient que chaque Homme est un frère pour l'autre³¹⁹. Membre d'une société, il doit contribuer, à son échelle, à corriger et réparer les injustices qui frappent la société³²⁰. Cette aide mutuelle est qualifiée, par l'auteur, de « justice réparative »³²¹.

Très critique de la philosophie libérale et individualiste de l'époque³²², Fouillée remet en cause une vision biaisée de la justice, notamment commutative, défendue par les économistes, mais aussi les juristes. Sous leurs plumes, cette dernière se résume à un simple rapport entre les choses, une équivalence entre les produits, la domination de la loi du marché. Cela l'amène à écrire que « le droit n'est pas seulement comme les économistes purs semblent le croire, un rapport de justesse entre les choses, il est un rapport de justice entre les hommes »³²³. Dénonçant les conditions de vie et de travail des ouvriers, Fouillée s'oppose à la pensée libérale de l'époque qui légitime les pratiques industrielles et qui considère les ouvriers comme de simples « marchandise[s] *sui generis* »³²⁴. Aux yeux de Fouillée, « derrière la main d'œuvre, il y a l'homme »³²⁵. L'auteur souhaite que la justice, et plus spécifiquement la justice réparative, « protège au besoin le plus faible contre le fort [...] »³²⁶. L'auteur ira jusqu'à soutenir que la justice est bien plus que « réparative » : elle est solidaire³²⁷. Dès lors, l'on comprend mieux la désormais très célèbre formule de Fouillée qui, remise dans le contexte de la pensée de l'auteur, est bien loin de correspondre à l'interprétation que certains ont pu et peuvent encore en faire aujourd'hui³²⁸. « En définitive,

³¹⁶ **FOUILLEE (A.)**. *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris : Librairie Hachette, 1885, p. 47.

³¹⁷ **FOUILLEE (A.)**. *Le socialisme et la sociologie réformiste*, 4^e éd., Paris : Librairie Félix Alcan, 1930, p. 17.

³¹⁸ **FOUILLEE (A.)**. *La science sociale contemporaine*, *op. cit.*, p. 47.

³¹⁹ **FOUILLEE (A.)**. *Le socialisme et la sociologie réformiste*, *op. cit.*, p. 410.

³²⁰ *Ibid.*, p. 363.

³²¹ **FOUILLEE (A.)**. *La science sociale contemporaine*, *op. cit.*, p. 357.

³²² **FOUILLEE (A.)**. *Le socialisme et la sociologie réformiste*, *op. cit.*, p. 10 et 13.

³²³ *Ibid.*, p. 10.

³²⁴ *Ibid.*, p. 14.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*, p. 15.

³²⁷ *Ibid.*, p. 7, 9 et 11.

³²⁸ V. not. **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significative*, *op. cit.*, p. 16, n° 17; **SPITZ (J.-F.)**. « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, juin 2007, n° 2, p. 281.

Pour la doctrine québécoise, v. **ROLLAND (L.)**. « “Qui dit contractuel, dit juste.” (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons », *R.D. McGill*, 2006, vol. 51, n° 4, p. 765 : de nos jours, cette citation est très souvent associée aux principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, et serait représentative de la philosophie classique du droit

écrit Fouillée, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle de fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste »³²⁹. En conséquence, l'on comprend qu'aux yeux de l'auteur, la relation contractuelle tissée entre deux individus ne doit pas seulement conduire à une justesse dans l'échange, mais doit également être synonyme de justice dans les droits et devoirs de chacune des parties.

46. *Le solidarisme d'Emile Durkheim.* L'idée d'organicisme développée par Fouillée sera reprise par Emile Durkheim sous le nom de « solidarité organique ». Cette dernière suppose une interdépendance qui existerait entre l'individu et la société, leur existence et leur fonctionnement respectif³³⁰. Durkheim explique la solidarité organique de la façon suivante : « Ici donc, l'individualité du tout s'accroît en même temps que celle des parties ; la société devient plus capable de se mouvoir avec ensemble, en même temps que chacun de ses éléments a plus de mouvements propres. Cette solidarité ressemble à celle que l'on observe chez les animaux supérieurs. Chaque organe, en effet, y a sa physionomie spéciale, son autonomie, et pourtant l'unité de l'organisme est d'autant plus grande que cette individuation des parties est plus marquée »³³¹.

Cet organicisme se retrouve non seulement dans les relations non-contractuelles, ce que Durkheim appelle les « relations domestiques »³³², mais aussi dans les relations contractuelles où l'action sociale y est particulièrement active. Même si le contrat est leur loi privée et que certaines règles sont supplétives de volonté, les parties ne peuvent déroger à certaines règles³³³. Elles ne peuvent se soustraire à des obligations qui découleraient de « l'équité, de l'usage ou de la loi »³³⁴. Elles ne sauraient tout prévoir, ni tout anticiper, ni même trouver le juste équilibre entre la solidarité qu'induit le contrat et la rivalité de leurs propres intérêts³³⁵. L'action sociale, à travers le droit contractuel, vient pallier toutes ces

des contrats. Or, les deux auteurs s'attèlent à expliquer pourquoi cette interprétation est erronée. Elle découle de la thèse d'Emmanuel Gounot qui, pour construire sa critique du principe de l'autonomie de la volonté, a mainte fois employé cette citation. Cependant, il en a fait un usage faussé ayant, en vérité, tronqué la citation pour qu'elle puisse servir au mieux sa démonstration. En réalité, la citation de Fouillée est loin de célébrer la liberté contractuelle et l'individualisme.

³²⁹ FOUILLÉ (A.). *La science sociale contemporaine, op. cit.*, p. 410.

³³⁰ DURKHEIM (E.). *De la division du travail social*, Coll. Quadrige, Paris : PUF, 2013, p. 101.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*, p. 184 et s.

³³³ *Ibid.*, p. 189.

³³⁴ *Ibid.*, p. 190 : l'auteur cite l'ancien article 1135 du Code civil qui disposait que : « 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 ».

³³⁵ *Ibid.*, p. 191.

conséquences. Le droit contractuel « nous astreint à des obligations que nous n'avons pas contractées, au sens exact du mot, puisque nous ne les avons pas délibérées, ni même parfois connues par avance. Sans doute, l'acte initial est toujours contractuel ; mais il a des suites, même immédiates, qui débordent plus ou moins les cadres du contrat »³³⁶. Ainsi, Durkheim affirme que : « nous coopérons parce que nous l'avons voulu, mais notre coopération volontaire nous crée des devoirs que nous n'avons pas voulus »³³⁷. Partant, l'auteur présente le droit des contrats comme n'étant « plus simplement un complément utile des conventions particulières », mais comme « la norme fondamentale »³³⁸ découlant de la « société et de la tradition »³³⁹. C'est ainsi que « tout n'est pas contractuel dans le contrat »³⁴⁰.

47. Le solidarisme de Léon Bourgeois. La philosophie du solidarisme social, devenue doctrine autonome sous l'impulsion de Fouillée³⁴¹, inspirera Léon Bourgeois, souvent considéré comme le père du solidarisme contractuel contemporain³⁴². Juriste, grande figure politique de la Troisième République et lauréat du prix Nobel de la Paix³⁴³, Bourgeois a été particulièrement marqué par son expérience de la guerre bien qu'il n'ait pas directement participé aux combats et que son expérience ait été brève³⁴⁴. Plus que jamais, Bourgeois est intimement convaincu de l'importance de la paix et du respect de l'humain. Il façonne alors un véritable *modus vivendi* où la solidarité apparaît comme le ciment fondamental et nécessaire à toute société³⁴⁵. Reprenant l'idée de quasi-contrat de Fouillée, Bourgeois va jusqu'à développer l'idée que l'Homme aurait une dette envers la société, ladite dette devant être « remboursée » en prenant part au bien-être de la collectivité³⁴⁶. Sans toutefois limiter ou contraindre la liberté de l'Homme³⁴⁷, l'auteur insiste sur l'idée d'interdépendance qui est

³³⁶ DURKHEIM (E.). *De la division du travail social*, op. cit., p. 192.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*, p. 193.

³³⁹ *Ibid.*, p. 192.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 189.

³⁴¹ NIORT (J.-F.). « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *art. préc.*, p. 784.

³⁴² REMY (P.). « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 5. V. égal. AMIEL (O.). « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la V^e République », *Parlement(s), rev. d'hist. pol.*, 2009/1, n° 11, p. 151.

³⁴³ NIESS (A.). « Léon Bourgeois (1851-1925), juriste et ange de la paix », *Parlement(s) : rev. d'hist. pol.*, 2009/1, n° 11, p. 135.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 137-138.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 138.

³⁴⁶ BOURGEOIS (L.). *Solidarité*, 5^e éd., Paris : Armand Colin, 1906, p. 101-102.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 97 et 103.

au cœur même du fonctionnement de la société. Son but politique est de replacer l'Homme au centre des législations de l'époque, telle la législation sur l'assurance, le travail, l'impôt ou encore les retraites, et de remettre au goût du jour le lien social alors distendu.

48. « Doctrine tranquillisante »³⁴⁸ à cheval entre le libéralisme et le socialisme, le solidarisme se présente comme une tierce voie³⁴⁹, une voie médiane, une sorte de compromis politique. Ce juste milieu, ce « ni-ni »³⁵⁰ de l'époque, ne vas pas manquer d'influencer la doctrine juridique.

2. Le contrat d'adhésion, conséquence du solidarisme du « moment 1900 »

49. Influence sur la doctrine civiliste. Le « moment dix-neuf-cents »³⁵¹ désigne le tournant intellectuel amorcé par la doctrine civiliste de l'époque qui se veut particulièrement critique du modèle classique libéral sur lequel s'est construite la théorie contemporaine du contrat. A l'égoïsme des parties, cette doctrine oppose le concept de solidarité³⁵². Devenus méfiants du marché, les civilistes érigent l'Etat, et plus particulièrement le juge, comme garants de l'équilibre contractuel. Parmi ces auteurs, on compte deux figures phares : René Demogue, et nul autre que Raymond Saleilles. Tous deux sont des contemporains de Bourgeois, Durkheim ou encore Fouillée. Même si les liens entre organicisme et solidarisme contractuel ne peuvent être démontrés avec certitude³⁵³, l'on peut tout de même soutenir que ces juristes ont été influencés par l'idéologie solidariste de l'époque. Ils se sont probablement inspirés des idées développées par cette doctrine afin de critiquer l'individualisme péremptoire, et proposer une nouvelle lecture du droit des contrats.

³⁴⁸ **NISS (A.)**. « Léon Bourgeois (1851-1925), juriste et ange de la paix », *art. préc.*, p. 138.

³⁴⁹ **COUSIN (C.)**. « La doctrine solidariste de Léon Duguit », *art. préc.*, p. 1932.

³⁵⁰ **REMY (P.)**. « La genèse du solidarisme », *art. préc.*, p. 5.

³⁵¹ **JAMIN (C.)**. « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, n° 52, p. 137, spéc. p. 141.

V. sur cette question : **HAKIM (N.)**, **MELLERAY (F.)**. « La Belle Epoque de la pensée juridique française », in *Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, HAKIM (N.), MELLERAY (F.) (dir.), Coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2009, p. 1 ; **JOUANJAN (O.)**. « Avant-propos : le souci du social : le “moment 1900” de la doctrine et de la pratique juridiques » et **AUDREN (F.)**. « Le “moment 1900” dans l'histoire de la science juridique française », in *Le “moment 1900” : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, JOUANJAN (O.), ZOLLER (E.) (dir.), Paris : éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 13 et p. 55.

³⁵² *Ibid.*, p. 143.

³⁵³ **JAMIN (C.)**. « L'oubli et la science : regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e siècle et XX^e siècles », *art. préc.*, note de bas de page n° 71.

50. *Le solidarisme contractuel de René Demogue.* Le droit civil, tel que conçu par René Demogue, « ne doit pas exclusivement se préoccuper des nécessités de l'individu et de sa liberté, il doit aussi se préoccuper des nécessités sociales, des avantages généraux à limiter cette liberté »³⁵⁴. Se voulant observateur du milieu social³⁵⁵, le fil conducteur de la pensée de Demogue amène à ne plus seulement « percevoir le contrat comme une manifestation de libre volonté »³⁵⁶. Ce dernier est plutôt perçu « comme un outil indispensable au cœur de l'organisation des rapports humains » et ayant un « dessein social à remplir »³⁵⁷. En ce sens, René Demogue affirme que « le contrat est une nécessité sociale dont il faut favoriser la conclusion »³⁵⁸. Dès lors, la liberté ne pouvait plus, à ses yeux, être l'apanage du contrat. Elle ne pouvait plus être exercée de façon totalement égoïste et centrée sur les individus. En effet, ces derniers ne sont pas isolés mais font partie d'un groupe. Ils ne sont pas seulement libres mais reliés aux autres. Dès lors, « l'état naturel en société est la solidarité, écrit Demogue, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure »³⁵⁹. Il ajoute que : « l'obligation acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale »³⁶⁰. Dès lors, « l'obligation née de la volonté libre étant admise comme consécration de la coopération sociale n'a de valeur que dans la mesure où elle répond à cette coopération »³⁶¹. Néanmoins, Demogue a tout à fait conscience que le contrat demeure un lieu de rencontre d'intérêts divergents et que c'est cette divergence même qui fait l'intérêt du contrat³⁶². Cependant, l'auteur pense qu'il est malgré tout possible d'y injecter de la solidarité qui constituerait un « devoir-être normatif »³⁶³. Cette solidarité contractuelle s'exercerait au sein du fameux « microcosme »³⁶⁴ qu'est le contrat. A cette échelle, « cette petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun »³⁶⁵ devrait reposer sur la collaboration entre les parties³⁶⁶. Et pour parvenir à cette

³⁵⁴ R. Demogue cité par **DHAINAUT (I.)**. « Demogue et le droit des contrats », *R.I.E.J.*, 2006, n° 56, p. 114, n° 3.

³⁵⁵ **DHAINAUT (I.)**. *Ibid.*, p. 112, n° 2.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 113, n° 2.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 113, n° 3.

³⁵⁸ **DEMOGUE (R.)**. *Traité des obligations en général*, t. 2, Paris : Rousseau, 1923, p. 236, n° 582.

³⁵⁹ **DEMOGUE (R.)**. *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris : Rousseau, 1923, p. 19, n° 10.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Ibid.*, p. 20, n° 10.

³⁶² **DHAINAUT (I.)**. « Demogue et le droit des contrats », *art. préc.*, p. 131, n° 16.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ **DEMOGUE (R.)**. *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris : Rousseau, 1923, p. 9, n° 3.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ *Ibid.*

collaboration, Demogue n'hésite pas à faire appel au juge : « Les buts, écrit-il, au moins les buts essentiels ne peuvent pas toujours être atteints par la voie rectiligne que les contractants avaient conçue. La voie à suivre pour atteindre le plus essentiel du but se transformera par la volonté des parties, par la décision du juge »³⁶⁷.

51. Le solidarisme contractuel de Raymond Saleilles. Cette idée de solidarité sera également au centre des préoccupations de Raymond Saleilles. S'il est un juriste inquiet, Saleilles est également, comme nous l'avons déjà mentionné, un « juriste du juste milieu »³⁶⁸. Cela signifie qu'il cherche à concilier le droit individuel et le droit social³⁶⁹. Selon lui, le droit n'est jamais ni purement individuel, ni purement social. « Il est la résultante de la vie sociale dans sa combinaison avec la vie individuelle »³⁷⁰. En effet, Saleilles part du principe que l'individu et la société ne sont pas exclusifs. Pour résumer le propos de Saleilles, M. Tellier écrit que : « le groupe repose sur une idée d'interpénétration, de compénétration de l'individuel et du social »³⁷¹. En conséquence, Saleilles prône une unité solidaire bien plus forte que l'unité contractuelle³⁷². Cela signifie que les individus acceptent de poser le groupe comme une réalité déjà constituée et envers lequel ils reconnaissent devoir faire preuve de solidarité. La volonté propre des individus ne s'exprime que dans le cadre de leur relation contractuelle particulière. Ceci dit, le groupe n'est pas une réalité préconstituée mais il se construit au fur et à mesure de la conclusion des contrats individuels. Partant, l'unité solidaire a pour objectif de faire du lien de solidarité un lien conscient où chaque individu est actif et agit dans un but commun.

Cette solidarité se reflète dans sa lecture de la théorie du contrat. Dans son ouvrage *De la déclaration de volonté*, Saleilles avance que : « le contrat 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. Aussi est ce

³⁶⁷ **DEMOGUE (R.)**. *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, p. 9, n° 3.

³⁶⁸ V. *supra* n° 39.

³⁶⁹ **BELLEAU (M.-C.)**. « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *art. préc.*, p. 512-513 ; **NIORT (J.-F.)**. « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *art. préc.*, p. 788.

Cette appellation ne se limite à la qualité de juriste de Raymond Saleilles, qualifié plus généralement « d'homme de combat du juste milieu ». L'œuvre entière de Saleilles, qu'elle soit politique, sociale, religieuse, et juridique, est marquée par cette idée de conciliation et de compromis. En ce sens, v. **SACRISTE (G.)**. « Raymond Saleilles, homme de combat du "juste milieu" », in *Raymond Saleilles et au-delà*, *op. cit.*, p. 25.

³⁷⁰ **SALEILLES (R.)**. « Le Code civil et la Méthode historique », *art. préc.*, p. 110.

³⁷¹ **TELLIER (F.)**. « Le droit à l'épreuve de la société : Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *art. préc.*, p. 160.

³⁷² *Ibid.*, p. 161 et s.

(*sic*) d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué »³⁷³. C'est immédiatement après qu'il affirme que : « sans doute, il y a contrats et contrats ; et nous sommes loin dans la réalité de cette unité de type contractuel que suppose le droit. Il faudra bien, tôt ou tard, que le droit s'incline devant les nuances et les divergences que les rapports sociaux ont fait surgir »³⁷⁴, pour ensuite faire référence au fameux contrat d'adhésion. Comme nous l'avons présenté plus haut, le contrat d'adhésion est né du constat, par Saleilles, de l'absence de négociation des contrats conclus entre les ouvriers et le patronat. Ce contrat se présente alors comme l'antithèse de la figure contractuelle du Code Napoléon. Dès lors, nous comprenons que le contrat d'adhésion est tout autant le résultat d'un contexte socio-économique que le produit d'un contexte idéologique. Fruit de la pensée d'un auteur profondément humaniste et inspiré des principes de justice et d'équité³⁷⁵, il est tout à la fois une réalité contractuelle et une notion doctrinale issue du courant solidariste³⁷⁶.

52. Le contrat d'adhésion, matière au solidarisme contractuel. Le contrat d'adhésion va devenir le terrain d'application des idées solidaristes et le catalyseur d'une nouvelle lecture du droit des contrats. Même dans ce contrat, Saleilles y trouve une forme de solidarité. En effet, y transparaîtrait « l'image d'une totalité juridique préexistante dans laquelle la volonté individuelle ne se conçoit que comme individualisation de la volonté du groupe »³⁷⁷. Ainsi, Saleilles dira « qu'en dehors du libre contrat, il y avait place pour des créations juridiques, nées d'une éclosion coutumière et spontanée, inspirée, par un sentiment de justice et d'équité, par je ne sais quelle intelligence d'une solidarité plus étroite et plus complète, par où les individualités si jalouses qu'elles soient de leur indépendance, dussent arriver à se soumettre à l'empire de certaines lois générales, dominant de haut le libre jeu de leurs relations juridiques avec les autres »³⁷⁸. Le contrat d'adhésion est donc un

³⁷³ SALEILLES (R.). *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, *op. cit.*, p. 229, n° 88.

³⁷⁴ *Ibid.*, n° 89.

³⁷⁵ SALEILLES (R.). « Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents », *RTD civ.* 1902, t. 1, p. 81.

³⁷⁶ JAMIN (C.). « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 450 ; JAMIN (C.). « Notations sur le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 436-437 ; MAZET (P.). « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 22.

³⁷⁷ TELLIER (F.). « Le droit à l'épreuve de la société : Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *art. préc.*, p. 158.

³⁷⁸ Préface de R. Saleilles à l'œuvre de F. Gény, v. JAMIN (C.). « La liberté de l'interprète, n° 60 », in *Les grands discours de la culture juridique*, MASTOR (W.), BENETTI (J.), EGEA (P.) [et alii], Paris : Dalloz, 2017, p. 756.

fait social à part entière qui nécessite l'application de règles différentes du contrat négocié³⁷⁹. Le contrat d'adhésion va notamment s'affranchir des règles conventionnelles de l'interprétation pour faire appel au juge que Saleilles n'hésite pas à mettre sur le devant de la scène³⁸⁰. C'est sous cette impulsion que naît la première obligation jurisprudentielle dans l'arrêt du 21 novembre 1911 dans lequel la Cour de cassation affirme que : « l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination »³⁸¹. Cette audace du juge découle d'une nouvelle interprétation de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1134 qui devait désormais se lire à la lumière de son alinéa 3, c'est-à-dire du principe de bonne foi³⁸².

Cette nouvelle lecture de l'article 1134 trouvera une résonance chez René Demogue, qui consacrera également quelques lignes au contrat d'adhésion. « Ce qui choque ici, dit-il de ce contrat, c'est qu'il n'y a pas assez de contrat »³⁸³. En effet, il regrette le manque de collaboration apparent de ce contrat et propose, en ce sens, d'imposer au professionnel une obligation de conseil et de renseignement à l'égard du non-professionnel³⁸⁴. Il va également plus loin que Saleilles dans sa description de l'office du juge en estimant que ce dernier devrait avoir la possibilité d'annuler les clauses léonines, ce que l'on appellera plus tard les clauses abusives³⁸⁵. Selon Demogue, la solidarité contractuelle pourrait être retrouvée dans le contrat d'adhésion grâce à l'injection, dans ce contrat, d'une collaboration, alors perdue, provoquée par le juge.

53. Le solidarisme contractuel du « moment 1900 » s'estompera par la suite mais conservera une légitimité morale importante³⁸⁶ qui lui permettra d'être revisité dans les

³⁷⁹ **JAMIN (C.)**. « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 450.

³⁸⁰ **JAMIN (C.)**. « La liberté de l'interprète », n° 60 », *art. préc.*, p. 765 : le professeur Jamin voit deux motifs grâce auxquels Saleilles s'en remet au juge : d'abord, le juge est placé au milieu de « la mêlée sociale », il est en contact avec les faits et avec la réalité sociale. Ensuite, Saleilles ne craint pas le juge car ce dernier ne serait pas un révolutionnaire en raison du milieu social duquel il provient. Il s'efforcera donc toujours de chercher un équilibre.

³⁸¹ **CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.)**. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Paris : Dalloz, 2008, p. 759 : l'affaire concernait un contrat de transport par mer conclu par un particulier avec la Compagnie Générale Transatlantique pour lui permettre de rejoindre Bône au départ du Tunis. Au cours du voyage, le passager fut gravement blessé au pied en raison de la chute d'un tonneau mal arrimé (sa place avait été assignée au sous-pont). Il se retourna contre le transporteur qui lui opposa une clause de non-responsabilité. La Cour de cassation décida que l'exécution du contrat de transport suppose non seulement de conduire un passager d'un point à un autre mais de l'y amener sain et sauf.

³⁸² Art. 1134, al. 3 anc. : « Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

³⁸³ **DEMOGUE (R.)**. *Traité de droit des obligations en général*, t. 2, *op. cit.*, p. 336, n° 631.

³⁸⁴ **DHAINAUT (I.)**. « Demogue et le droit des contrats », *art. préc.*, p. 132, n° 18.

³⁸⁵ **DEMOGUE (R.)**. *Traité des obligations en général*, t. 2, *op. cit.*, p. 314, n° 618.

³⁸⁶ **NIORT (J.-F.)**. « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *art. préc.*, p. 785.

années 1980, et plus particulièrement dans les années 1990³⁸⁷. Ces années marquent un nouveau tournant dans la théorie du contrat traversé par une « nouvelle crise » qui affinera encore plus la conception moderne de la théorie du contrat. A l'aube du XXI^e siècle, le contrat d'adhésion s'avèrera-t-il être, une fois de plus, un terreau fertile au développement du solidarisme contractuel ? Avant d'aborder ce point, nous pouvons affirmer qu'il est sans aucun doute une vivide source d'inspiration pour les écrits doctrinaux du début du XX^e siècle. Bon nombre de docteurs en droit y consacreront leur thèse à la suite de l'invitation lancée par Raymond Saleilles de poursuivre la construction de la notion de contrat d'adhésion et de son régime.

* * *

Conclusion de la section 1 :

54. Dans un droit des contrats napoléonien où la justice contractuelle se résume à être une équivalence des prestations et à une recherche du juste-prix, et où la liberté et l'égalité sont les maîtres mots, le contrat d'adhésion est inexistant, voire sciemment ignoré par les codificateurs. Fruit d'un contexte socioéconomique industriel, le contrat d'adhésion, né en 1901 de l'esprit d'un auteur profondément humaniste et visionnaire, se présente comme un outil de dénonciation des inégalités de l'époque et le véhicule d'une politique embryonnaire favorable à la protection des plus faibles. Etroitement lié à la doctrine solidariste d'alors qui défend l'introduction d'une plus grande justice sociale, le contrat d'adhésion voit sa portée doctrinale être définitivement scellée avec le principe d'une justice contractuelle revisitée.

* * *

*

³⁸⁷ NIORT (J.-F.), « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *art. préc.*, p. 792.

Section 2 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats au début du XX^e siècle

55. La réflexion lancée par Saleilles sur la notion de contrat d'adhésion a rapidement été approfondie par nombre de jeunes juristes qui ont consacré leurs travaux de thèse à dessiner les premières esquisses d'une théorie générale du contrat d'adhésion. Si la notion était « tendance »³⁸⁸, elle était également symptomatique d'un autre phénomène : le renouveau imminent et nécessaire du Code civil, et plus particulièrement de ses concepts contractuels. Cependant, après avoir connu une gloire rapide, le contrat d'adhésion semble être tout aussi vite tombé dans l'ombre (§ 1). Au lendemain de la Première Guerre mondiale, ces esquisses furent reprises pour être affinées par une seconde génération de docteurs (§ 2).

§ 1 : La relative effervescence doctrinale d'avant-guerre pour le contrat d'adhésion

56. L'élaboration d'une théorie générale du contrat d'adhésion semble être la priorité pour la jeune doctrine civiliste du début du XX^e siècle qui témoigne d'un réel engouement dans la recherche d'une meilleure compréhension de la notion, et d'un encadrement optimal d'une figure contractuelle qui allait devenir incontournable (A.). Néanmoins, et contre toute attente, aucune mention du contrat d'adhésion n'est faite à l'heure où se pose la question d'une possible réforme du Code Napoléon (B.).

A. Les prémisses à l'élaboration d'une théorie du contrat d'adhésion

57. *Les premières ébauches.* Si tôt la notion créée par Raymond Saleilles que les premières thèses consacrées au contrat d'adhésion fleurissent. Rédigées dans l'urgence de répondre à l'appel du père de la notion d'élaborer un régime particulier au contrat d'adhésion, ces écrits en constituent les premières ébauches. Leur lecture laisse entrevoir le peu de recul théorique que les auteurs avaient sur une notion nouvellement créée. Leur attention semble se concentrer sur le choix et la détermination des correctifs pouvant être apportés aux clauses qu'ils qualifiaient alors d'« iniques »³⁸⁹. En ce sens, et comme le relèvera De Saint-Rémy quelques années plus tard, ces premiers travaux « portent le signe

³⁸⁸ **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1949, p. 98, n° 55.

³⁸⁹ **DEREUX (G.)**. *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris : LNDJ, 1905, p. 157.

de leur époque »³⁹⁰ à savoir, la lutte contre le principe de l'autonomie de la volonté et l'objectif impérieux de protection de l'adhérent. Pour ce faire, nous pouvons remarquer que les auteurs font preuve d'ingéniosité et ne manquent pas de ressources pour encadrer les effets indésirables du contrat d'adhésion. Ils n'hésitent pas à puiser dans les dispositions du Code civil tout en élargissant leur champ d'application. Qui plus est, tous vont appeler de leurs vœux une intervention étendue et régulière du législateur, ainsi qu'un accroissement des pouvoirs des juges qui ne doivent pas – car ne peuvent plus – s'en tenir à une application et à une interprétation stricte des clauses du contrat d'adhésion³⁹¹.

58. Dépasser l'interprétation stricte du contrat. C'est la question de l'interprétation du contrat qui va plus particulièrement retenir l'attention des premiers auteurs. Ces derniers rejettent en bloc l'interprétation stricte, c'est-à-dire l'interprétation selon la commune intention des parties jusqu'alors retenue et appliquée par les juges pour interpréter les stipulations du contrat d'adhésion. Ils défendent, au contraire, une interprétation large des clauses dudit contrat réfutant ainsi le recours à une interprétation totalement fictive. De fait, le contrat d'adhésion, parce qu'unilatéralement rédigé par la partie forte et imposé à la partie faible, ne repose pas sur une volonté commune. Cette nouvelle méthode d'interprétation utilise des outils déjà présents dans le Code civil : les anciens articles 1134, alinéa 3 et 1135³⁹². Aux yeux des premiers commentateurs de la notion de contrat d'adhésion, l'équité doit servir de guide pour le juge dans son interprétation du contrat d'adhésion³⁹³. Il pourra ainsi cerner les attentes de chacune des parties, et notamment celles de l'adhérent qui n'aura pas pu négocier les termes du contrat. En outre, il pourra juger de l'équilibre du contrat en appréciant les obligations respectivement supportées par les cocontractants et, au besoin, en ajouter à la charge de l'une des parties, le plus souvent le stipulant. Qui plus est, et bien que certains auteurs expriment quelques craintes vis-à-vis du risque d'arbitraire de l'office du juge³⁹⁴, ils reconnaissent que l'intervention judiciaire a cet avantage d'être au plus près

³⁹⁰ **SAINT-REMY (R. de)**. *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion : étude et analyse de jurisprudence*, Paris : Les Presses Modernes, 1928, p. 5.

³⁹¹ **DEREUX (G.)**. *De l'interprétation des actes juridiques privés, op. préc.*, p. 184 et s., spéc. p. 198 ; **DOLLAT (J.)**. *Les contrats d'adhésion*, Paris : Sirey, 1905, p. 133 et s. ; **FORTIER (G.)**. *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, th. Dijon, 1909, p. 86.

³⁹² **DEREUX (G.)**. *De l'interprétation des actes juridiques privés, op. préc.*, p. 202-203 ; **DOLLAT (J.)**. *Les contrats d'adhésion, op. cit.*, p. 107 ; **FORTIER (G.)**. *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, op. cit.*, p. 18.

³⁹³ **DEREUX (G.)**. *Ibid.*, p. 216 ; **DOLLAT (J.)**. *Ibid.*, p. 136 ; **FORTIER (G.)**. *Ibid.*, p. 194 ; **PICHON (V.)**. *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, Lyon : Imprimerie de la « Revue judiciaire », 1912, p. 196.

³⁹⁴ **DEREUX (G.)**. *Ibid.*, p. 209 ; **DOLLAT (J.)**. *Ibid.*, p. 138-139.

de la pratique et des besoins de chaque partie confrontée à un litige³⁹⁵. De fait, le juge peut tenir compte des circonstances particulières qui ont entouré la formation du contrat et qui gravitent autour de son exécution.

Partant, il ne s'agit plus vraiment ici d'interprétation, bien que les auteurs aient conservé cette appellation. L'on pressent que Dereux et Dollat étaient tout à fait conscients du fait que les tribunaux allaient apporter de réelles modifications au contrat et qu'il n'était plus question d'interprétation au sens strict du terme³⁹⁶. Toutefois, ils ne sont pas allés plus loin dans leur réflexion. Nous pouvons supposer qu'il s'agissait déjà d'une opération de détermination du contenu du contrat, ou ce qui sera appelé quelques années plus tard de « forçage du contrat »³⁹⁷. Fortier sera le troisième à pressentir cette distinction. Ce dernier précise d'emblée qu'il ne cherche pas à traiter des clauses ambiguës, qui relèvent plus particulièrement de l'ancien article 1162³⁹⁸, mais des clauses que l'on qualifie aujourd'hui « d'abusives », et qui ne doivent pas subir le même traitement³⁹⁹. Il propose alors d'avoir recours à la théorie des nullités qu'il appelle la « théorie des conditions anormales »⁴⁰⁰. Dès lors qu'une clause insérée dans un contrat d'adhésion atteste d'un « désaccord choquant avec les conditions habituelles de la profession ou de la région »⁴⁰¹, le juge doit en prononcer la nullité absolue. Cette théorie viendrait compléter une intervention législative modérée et permettrait une intervention judiciaire rapide et large au sein du contrat d'adhésion.

59. De la nature juridique du contrat d'adhésion. Outre les anciens articles 1134, alinéa 3 et 1135, les auteurs recommandent aux magistrats de recourir, entre autres, à l'article 6 du Code civil, pour la protection de l'ordre public⁴⁰², mais aussi à la théorie des vices du consentement⁴⁰³. L'application de cette théorie suppose de pouvoir traiter de l'adhésion au même plan que le consentement à un contrat négocié. En conséquence, elle rejoint l'épineuse question de la nature juridique du contrat d'adhésion. Selon les premiers

³⁹⁵ **DOLLAT (J.)**. *Ibid.*, p. 137.

³⁹⁶ **DEREUX (G.)**. *Ibid.*, p. 156 ; **DOLLAT (J.)**. *Ibid.*, p. 135.

³⁹⁷ **JOSSERAND (L.)**. « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, n° 32, p. 91.

³⁹⁸ Art. 1162 anc. C. civ. : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

³⁹⁹ **FORTIER (G.)**. *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, *op. cit.*, p. 9-12.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 175 et s.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁰² **DOLLAT (J.)**. *Les contrats d'adhésion*, *op. cit.*, p. 156 ; **FORTIER (G.)**. *Ibid.*, p. 104.

⁴⁰³ **FORTIER (G.)**. *Ibid.*

auteurs, il ne fait pas de doute que le contrat d'adhésion puisse recevoir la qualification de contrat malgré les virulentes critiques adressées par les auteurs de droit public⁴⁰⁴. En effet, ces derniers s'interrogent : comment le contrat d'adhésion peut-il recevoir une qualification contractuelle lorsqu'il est unilatéralement rédigé par une partie qui détient une sorte de pouvoir réglementaire ? Saleilles lui-même avait précisé qu'il était opportun d'interpréter le contrat d'adhésion comme la *Lex*⁴⁰⁵. Selon Duguit, à défaut d'être formé par un concours de volontés égales, le contrat d'adhésion doit recevoir la qualification « d'acte-règle »⁴⁰⁶. Cependant, le contrat d'adhésion, bien qu'il n'ait pas été négocié, est né d'une rencontre de deux volontés. Comme l'écrit Ripert, « juridiquement, les usagers, voyageurs, chargeurs, assurés, ouvriers, donnent un consentement qui a une valeur égale. Pour la formation du contrat, la loi exige deux consentements ; elle ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés »⁴⁰⁷. La problématique ne sera pas plus fouillée et la théorie contractuelle aura vite fait de convaincre la doctrine de droit privé.

Toutefois, les premiers exégètes du contrat d'adhésion concèdent le fait que ce contrat ne puisse être apprivoisé de façon unitaire. Il est nécessaire de faire la distinction entre les clauses essentielles, qui ont été connues et voulues par les deux parties, et les clauses accessoires, ou secondaires, qui n'ont pas été connues, et encore moins voulues, par la partie adhérente⁴⁰⁸. Ce sont, en réalité, ces clauses qui posent des difficultés et qui doivent être soumises à un contrôle judiciaire renforcé. Les auteurs invitent alors les magistrats à apprécier la connaissance réelle des clauses du contrat d'adhésion par l'adhérent.

60. Dépasser la théorie générale classique du contrat. Bien qu'ils ne soient encore qu'au stade des balbutiements d'un renouveau de la théorie générale du contrat, et que leur démarche se veut avant tout pratique, les auteurs des premiers ouvrages consacrés au contrat d'adhésion ont déjà pleinement conscience de la nécessité de revoir la théorie générale du contrat désormais dépassée. Ils exhortent de revenir sur le principe de la liberté contractuelle qui, appliquée au contrat d'adhésion, perd en signification et ne doit pas

⁴⁰⁴ V. part. **DEREUX (G.)**. « La nature juridique “des contrats d'adhésion” », *RTD civ.*, 1910, t. 9, p. 503, spéc. p. 526.

⁴⁰⁵ **SALEILLES (R.)**. *De la déclaration de volonté...*, *op. cit.*, p. 230, n° 90.

⁴⁰⁶ **DUGUIT (L.)**. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris : Dalloz, 2003, p. 55 ; **DUGUIT (L.)**. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 1999, p. 124.

⁴⁰⁷ **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 100, n° 57.

⁴⁰⁸ **DEREUX (G.)**. *De l'interprétation des actes juridiques privés*, *op. préc.*, p. 201 ; **DOLLAT (J.)**. *Les contrats d'adhésion*, *op. cit.*, p. 92 ; **PICHON (V.)**. *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, *op. cit.*, p. 197-198.

empêcher la protection des plus faibles⁴⁰⁹. Ils incitent à ne pas craindre de dépasser le cadre traditionnel du contrat pour embrasser les besoins de la pratique⁴¹⁰ qui nécessite la création de nouveaux principes aptes à répondre aux exigences du contrat d'adhésion⁴¹¹. Dereux ira même jusqu'à encourager la Cour de cassation à adopter une interprétation uniforme des contrats d'adhésion⁴¹². Une revendication extrêmement contemporaine qui n'est pas sans rappeler le vœu de certains auteurs, ainsi que le nôtre, et sur lequel nous reviendrons dans la deuxième partie de cette étude⁴¹³.

61. Cette évolution semble toutefois hors d'atteinte lorsque l'on prend connaissance des écrits publiés à l'occasion des célébrations du Centenaire du Code civil. Il était clair que certaines dispositions du Code étaient devenues inappropriées. L'idée d'une réforme, principalement du droit des contrats, était donc à son apogée. Nous nous sommes plus spécialement attachée à relever les mentions qui ont pu être faites du contrat d'adhésion dans ces débats défendant l'injection d'une plus grande justice contractuelle au sein du droit des contrats. Nous dûmes nous rendre à l'évidence : le contrat d'adhésion n'a pas été invité à ces célébrations, et son éclipse est particulièrement voyante.

B. La première éclipse du contrat d'adhésion lors du Centenaire du Code civil

62. *Les pours et les contres de la réforme du Code civil.* La grande question qui anime les célébrations du Centenaire du Code civil est sans aucun doute celle de sa révision. Si les célébrations, en tant que telles, ne font pas grand bruit⁴¹⁴, la question de la réforme du Code civil agite tous les esprits et est sur toutes les plumes⁴¹⁵. L'éventualité d'une modernisation du Code Napoléon a, en effet, été saisie par de nombreux journalistes mais aussi par des personnalités du monde littéraire qui défendent principalement une réforme de la famille, ou encore la reconnaissance des droits des femmes et des enfants⁴¹⁶. Bien évidemment, l'éventualité d'une réforme du Code n'a pas manqué d'animer les débats

⁴⁰⁹ **DOLLAT (J.)**. *Ibid.*, p. 168.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ **FORTIER (G.)**. *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, *op. cit.*, p. 5.

⁴¹² **DEREUX (G.)**. *De l'interprétation des actes juridiques privés*, *op. cit.*, p. 209.

⁴¹³ V. *infra* n° 433.

⁴¹⁴ **NIORT (J.-F.)**. « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », *Lamy droit civil*, avr. 2004, n° 4, p. 59.

⁴¹⁵ **NIORT (J.-F.)**. *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, *op. cit.*, p. 448 et s.

⁴¹⁶ **NIORT (J.-F.)**. « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », p. 60 ; **NIORT (J.-F.)**. *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 2, *op. cit.*, p. 363 et s.

des juristes de l'époque. Les fêtes d'anniversaire organisée le 29 octobre 1904 par Raymond Saleilles, alors à la tête de la Société d'études législatives, rassemblent un « véritable lobby »⁴¹⁷ qui a pour principale mission de ne pas vanter les mérites du Code civil mais de défendre avec ferveur sa réforme⁴¹⁸. En effet, les auteurs regrettent particulièrement l'absence de dispositions adéquates dans le Code pour faire face aux problématiques de l'industrialisation croissante de la société. Si les codificateurs avaient pu, peut-être, la pressentir, il est évident qu'ils n'auraient pu anticiper, encore moins prédire, la vague déferlante de l'industrie qui allait s'abattre sur l'Europe, et ses conséquences⁴¹⁹. Comme l'avait alors souligné Portalis dans son discours sur le projet de Code civil : « Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau »⁴²⁰.

Cela dit, il était évident que le Code Napoléon ne répondait plus aux besoins de la société industrialisée de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle. Il était donc urgent de procéder à une révision de celui-ci. Cette question va alors largement diviser les auteurs parmi lesquels certains vont penser qu'il « serait folie de raser le château pour changer quelques poutres et quelques ardoises »⁴²¹. Ces réfractaires à la révision répugnent à remettre en cause le droit individuel⁴²² et considèrent le Code comme base suffisante de la justice sociale⁴²³. Ils estiment l'action du juge largement suffisante pour combler les lacunes du Code et s'opposent à la méthode alors en vogue de « la libre recherche scientifique »⁴²⁴. En ce sens, ils considèrent que « les interprètes du Code civil » ont les outils satisfaisants

⁴¹⁷ NIORT (J.-F.). « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », *art. préc.*, p. 63.

⁴¹⁸ NIORT (J.-F.). « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », *art. préc.*, p. 63.

⁴¹⁹ ESMEIN (A.). « L'originalité du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 19 ; GAUDEMET (E.). « Les codifications récentes et la Révision du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 975.

⁴²⁰ PORTALIS (J.-E.-M.). *Discours et rapports sur le Code civil, op. cit.*, p. 66.

⁴²¹ PLANIOL (M.). « Inutilité d'une Révision générale du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 963.

⁴²² BOISTEL (A.). « Le Code civil et la philosophie du droit », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (rééd.), p. 47 ; GAUDEMET (E.). « Les codifications récentes et la Révision du Code civil », *art. préc.*, p. 977.

⁴²³ BOISTEL (A.). *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 51 ; GAUDEMET (E.). *Ibid.*, p. 980.

pour interpréter les dispositions du Code au regard des institutions, de l'ordre public et de son bon fonctionnement⁴²⁵. Grâce à ses grands principes et à ses dispositions larges, les défenseurs du *statu quo* estiment que le Code civil peut faire face aux nouveaux besoins de la société. Au mieux, prônent-ils le recours aux lois spéciales afin que le Code civil demeure abstrait et impersonnel⁴²⁶. Gaudemet proposera, à ce titre, la rédaction d'un code du travail, finalement adopté en 1910, qui pourrait contenir la législation nécessaire à la protection des classes ouvrières⁴²⁷. A l'inverse, une frange d'auteurs plaide pour une révision générale du Code qui puisse prendre en considération les besoins spécifiques des classes ouvrières et rétablir, entre les individus, une égalité devenue mythique. Outre le « patriotisme juridique »⁴²⁸ dont font preuve certains juristes, animés du désir de conserver la suprématie du Code civil et de garantir la place de la culture juridique française dans le monde⁴²⁹, et malgré les dissidences soulevées par des questions techniques relatives aux modalités de révision⁴³⁰, certains auteurs souhaitent voir être intégrées dans le Code les idées solidaristes développées à l'époque⁴³¹. Remettant en cause l'individualisme de 1804, ces auteurs veulent consolider, grâce à un Code civil réformé, la socialisation du droit. Certains, à l'image de Larnaude, vont carrément proposer la création d'un nouveau code civil pour une société moderne⁴³². Ce dernier se voudrait plus pratique et prendrait en compte le travail jurisprudentiel réalisé.

63. Une réforme du droit des contrats envisagée ? Entre ces passes d'idées, et parmi les pous et les contres d'une révision⁴³³, nous nous sommes surtout intéressée aux matières du Code que les juristes de l'époque souhaitaient voir être réformées. A notre grande

⁴²⁵ **BOISTEL (A.)**. *Ibid.*, p. 53.

⁴²⁶ **PLANIOL (M.)**. « Inutilité d'une Révision générale du Code civil », *art. préc.*, p. 960. **CONTRA LARNAUDE (F.)**. « Le Code civil et la nécessité de sa révision », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 917 et s.

⁴²⁷ **GAUDEMET (E.)**. « Les codifications récentes et la Révision du Code civil », *art. préc.*, p. 976.

⁴²⁸ **NIORT (J.-F.)**. « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », *art. préc.*, p. 61.

⁴²⁹ **BOISTEL (A.)**. « Le Code civil et la philosophie du droit », *art. préc.*, p. 70 ; **LARNAUDE (F.)**. « Le Code civil et la nécessité de sa révision », *art. préc.*, p. 931 ; **PILON (E.)**. « Réforme du Code civil par voie de Révision générale », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 951.

Cette volonté s'explique principalement l'adoption du nouveau Code civil allemand et de la confection d'un nouveau Code suisse des obligations qui risquent de rapidement faire de l'ombre au Code Napoléon en raison, notamment, de leur modernité.

⁴³⁰ **NIORT (J.-F.)**. « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », *art. préc.*, p. 63.

⁴³¹ **TISSIER (A.)**. « Le Code civil et les classes ouvrières », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 80, 82 et 92 ; **NIORT (J.-F.)**. *Ibid.*, p. 64.

⁴³² **LARNAUDE (F.)**. « Le Code civil et la nécessité de sa révision », *art. préc.*, p. 909.

⁴³³ **NIORT (J.-F.)**. *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code civil français, t. 2, op. cit.*, p. 455 et s. : l'auteur souligne les diverses interrogations qui se sont posées, entre révision et refonte, révision d'ensemble ou partielle, technique ou politique, législative ou jurisprudentielle et doctrinale. Chaque option présente ses avantages et inconvénients, et les participants aux célébrations se révèlent ambivalents.

surprise, le droit des contrats ne fait pas partie des favoris. Viennent en priorité le droit de la famille, et plus particulièrement les rapports entre époux, les rapports entre parents et enfants, ou encore l'introduction de la descendance illégitime⁴³⁴, puis les questions touchant au droit de propriété. Les propos tenus par Boistel en disent long. Après avoir précisé que : « je ne pourrai toucher qu'à un petit nombre de points, en choisissant ceux qui tiennent le plus au fond des doctrines essentielles, à la philosophie du droit [...] »⁴³⁵, l'auteur traite, entre autres, du quasi-contrat, de la volonté unilatérale, de la liberté d'option de l'héritier, ou encore de la remise en cause de la transmission de la propriété par seul contrat⁴³⁶. Très peu de choses sont dites du droit des contrats dont la réforme ne semble pas être la priorité des juristes du Centenaire.

64. L'absence de mention du contrat d'adhésion. S'il est une interrogation majeure et caractéristique de l'époque, dont les conséquences sur le droit des contrats sont considérables, c'est bien la question ouvrière. Tous les auteurs, même ceux qui s'opposent à une quelconque réforme, ont une conscience aigüe des enjeux qui se jouent. Alfred Tissier en est, toutefois, le principal porte-parole. Ce dernier dénonce la servitude des ouvriers, alors comparés aux esclaves ou aux serfs⁴³⁷, et le renouveau d'une féodalisation cette fois-ci industrielle⁴³⁸. Il souligne le fait que le Code civil occulte totalement les intérêts des masses ouvrières, ne s'intéressant qu'à la propriété⁴³⁹, et presse de reconnaître que la législation qu'il dépeint n'a rien d'égalitaire et que l'intervention de l'Etat est devenue nécessaire⁴⁴⁰. L'on aurait pu s'attendre à ce que l'auteur fasse référence au contrat d'adhésion. Il n'en est rien. Plusieurs fois va-t-il faire allusion à la dépendance dans laquelle se trouve l'ouvrier⁴⁴¹ et faire référence aux « nombreux contrats dans lesquels une des parties n'est pas en état de débattre librement les conditions qui lui sont faites et est contrainte, si elle est livrée à ses seules forces, de subir ces conditions, si injustes qu'elles puissent être »⁴⁴². Cependant, il ne fait jamais mention explicite du contrat d'adhésion.

⁴³⁴ V. not. **PILON (E.)**. « Réforme du Code civil par voie de Révision générale », *art. préc.*, p. 935 et s.

⁴³⁵ **BOISTEL (A.)**. « Le Code civil et la philosophie du droit », *art. préc.*, p. 56.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 56 et s.

⁴³⁷ **TISSIER (A.)**. « Le Code civil et les classes ouvrières », *art. préc.*, p. 81.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 85 et s.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 91.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 75 et 82.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 91.

A l'instar de Tissier, aucun auteur ne va reprendre la notion, ni s'intéresser au contrat d'adhésion inventé par Saleilles seulement quelques années auparavant. Ce n'est pourtant pas faute pour cette communauté de juristes d'avoir reconnu « des contrats hier inconnus »⁴⁴³ et d'avoir placé au cœur de leur réflexion le contrat de travail⁴⁴⁴. En tout état de cause, il semblerait que ce soit la question préoccupante des accidents de travail et de la protection sociale des ouvriers qui ait le plus retenu l'attention des juristes⁴⁴⁵. Or, nous ne pouvons nous empêcher de penser que la réforme du Code civil aurait été une plateforme intéressante pour enfin reconnaître une quelconque portée au contrat d'adhésion. Du moins, aurions-nous pu espérer que le contrat d'adhésion, et plus largement la question ouvrière, puissent amorcer une réflexion de fond sur le droit des contrats et avoir des répercussions sur sa philosophie. Cependant, si le principe de l'autonomie de la volonté a été largement battu en brèche, les auteurs ne sont pas allés jusqu'à le remettre en cause. Au lieu de retoucher le droit des contrats, ces derniers ont préféré maintenir une continuité et proposer, à la place, des interventions parallèles par le biais de lois spéciales⁴⁴⁶.

65. Une notion doctrinale peu aboutie ? Ce silence des auteurs sur le contrat d'adhésion s'explique peut-être, d'abord, par le caractère peu abouti de la notion. En effet, il ne faut pas oublier que Saleilles ne consacre que quelques lignes au contrat d'adhésion dans son ouvrage *De la déclaration de volonté*, et lui attribue une telle qualification « faute de mieux »⁴⁴⁷. S'il lance quelques pistes de réflexions, il ne propose pas ne serait-ce que l'ébauche d'un régime. Même si la notion nourrit les travaux des premières thèses de l'époque qui lui sont consacrées, elle n'en est qu'à ses premiers balbutiements. Les problématiques posées par le contrat d'adhésion n'avaient peut-être pas encore rencontré de réponses suffisamment abouties. Ensuite, nous pouvons imaginer que la nature doctrinale du contrat d'adhésion ait pu en rebuter certains à l'image de Gaudemet

⁴⁴³ Discours de M. Vallé, in *Le Centenaire du Code civil : 1804-1904*, Paris : Impr. nationale, 1904, p. 22.

⁴⁴⁴ Discours de M. Ballot-Beaupré, in *Le Centenaire du Code civil : 1804-1904*, *op. cit.*, p. 29-30.

⁴⁴⁵ **PILON (E.)**. « Réforme du Code civil par voie de Révision générale », *art. préc.*, p. 948 ; *Le Centenaire du Code civil, 1804-1904*, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁴⁶ **PLANIOL (M.)**. « Inutilité d'une Révision générale du Code civil », *art. préc.*, p. 957 : l'auteur recense toutes les lois spéciales intervenues dans le domaine du contrat, notamment quant aux contrats conclus par les ouvriers. Il estime que la révision du Code civil n'est pas nécessaire car, grâce à toutes ces lois spéciales, la réforme se fait tous les jours. **GAUDEMET (E.)**. « Les codifications récentes et la Révision du Code civil », *art. préc.*, p. 977 : L'auteur reconnaît que le droit commun des contrats n'est plus à même de répondre aux questions sociales de l'époque mais il défend l'idée qu'il n'est pas pour autant nécessaire de le modifier. Il propose alors de confectionner un code du travail afin de laisser le droit commun des contrats intact.

⁴⁴⁷ **SALEILLES (R.)**. *De la déclaration de volonté...*, *op. cit.*, p. 229, n° 89.

qui ne souhaite pas que le Code devienne une œuvre de doctrine, lui qui avait réussi à être « extrêmement sobre de définitions théoriques » et à éviter « soigneusement toute construction doctrinale »⁴⁴⁸. Selon lui, le rôle du Code « ne consiste pas à coordonner, suivant un plan dogmatique, des formules élaborées dans les livres des théoriciens, ni à construire savamment des systèmes logiquement déduits »⁴⁴⁹.

66. Malheureusement, et bien que des travaux aient été engagés⁴⁵⁰, les célébrations du Centenaire ne débouchèrent sur aucune réforme du Code civil. Encore trop attachés aux dispositions du Code Napoléon⁴⁵¹, et peut-être nostalgiques d'une époque désormais révolue, les auteurs n'étaient visiblement pas encore prêts à franchir le pas. Comme l'avait écrit Larnaude : « Une révision du Code civil qui, par timidité, n'aborderait pas ces problèmes [notamment du droit ouvrier], constituerait une banqueroute véritable, et mieux vaudrait ne pas l'entreprendre »⁴⁵². Qui plus est, le constat est sans appel : le contrat d'adhésion est le grand absent des célébrations du Centenaire.

67. A l'heure où l'Europe entre en guerre, il n'est plus du tout question de révision du Code civil et les développements concernant le contrat d'adhésion sont laissés en suspens. Ils seront repris quelques années après la fin du conflit. Cette interruption semble avoir permis à la doctrine de gagner en maturité.

§ 2 : L'affinement doctrinal d'après-guerre de la théorie du contrat d'adhésion

68. Cet affinement de la pensée juridique relative au contrat d'adhésion et à son droit se traduit, tout d'abord, par une consolidation des idées originelles proposées par la première génération de docteurs (**A.**). Elle s'affirme, ensuite, à travers les débats plus généraux relatifs à la théorie générale du contrat. En effet, la reconnaissance du contrat d'adhésion et la prise en compte de ses conséquences participent du bouleversement que connaît la théorie générale du contrat au premier quart de ce XX^e siècle (**B.**).

⁴⁴⁸ GAUDEMET (E.). « Les codifications récentes et la Révision du Code civil », *art. préc.*, p. 971.

⁴⁴⁹ GAUDEMET (E.). « Les codifications récentes et la Révision du Code civil », *art. préc.*, p. 971.

⁴⁵⁰ NIORT (J.-F.). « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », *art. préc.*, p. 67 et s.

⁴⁵¹ NIORT (J.-F.). « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale : regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », *RTD civ.*, juin 2005, n° 2, p. 258-259 : l'auteur précise, comme nous l'avons déjà souligné en introduction, que même R. Saleilles était particulièrement attaché au principe du droit individuel bien qu'il ait été le principal promoteur des doctrines solidaristes.

⁴⁵² LARNAUDE (F.). « Le Code civil et la nécessité de sa révision », *art. préc.*, p. 914.

A. La consolidation des bases de la théorie du contrat d'adhésion

69. *Les points communs avec les premières thèses.* Les multiples thèses rédigées au lendemain de la Première Guerre mondiale ressemblent sur plusieurs points aux premiers travaux doctrinaux consacrés au contrat d'adhésion. Comme leurs prédécesseurs, ces nouveaux docteurs vont retenir la distinction entre clauses essentielles et clauses accessoires⁴⁵³, recommander l'« interprétation » du contrat en fonction de son but⁴⁵⁴, toujours sur les fondements des anciens articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil⁴⁵⁵, renvoyer à la théorie des vices du consentement⁴⁵⁶ et suggérer le détournement de l'article 1162⁴⁵⁷. Ils vont également proposer de nouvelles solutions aux clauses léonines du contrat d'adhésion tels l'ancien article 1131 sur la cause⁴⁵⁸, la théorie de l'abus de droit⁴⁵⁹, récemment mise au point par Louis Josserand⁴⁶⁰, et vont insister sur l'importance du syndicalisme et des associations des différents corps de métiers⁴⁶¹. En effet, afin de contrebalancer le poids des stipulants, les auteurs estiment que les adhérents doivent conjuguer leur force afin de former un bloc homogène et solidaire, aux revendications centrées.

70. *Revoir la théorie générale du contrat.* En réalité, cette deuxième génération de thèses se démarque de la première par son attention portée tout particulièrement à la théorie du contrat. Riches d'une jurisprudence plus fournie qu'au début du XX^e siècle, ces travaux se veulent être des thèses de bilan⁴⁶² faisant état des solutions proposées par la doctrine antérieure et tirant les conclusions de la pratique judiciaire afin d'évaluer leurs répercussions sur les principes du droit des contrats. En d'autres termes, cette deuxième vague d'auteurs a le recul, et peut-être aussi le détachement, nécessaire qui manquaient aux premiers. Leurs réflexions semblent plus abouties et cherchent à mieux cerner les conséquences du

⁴⁵³ DOMERGUE (M.). *Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, th. Toulouse, 1935, p. 25 ; SAINT-REMY (R. de). *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion : étude et analyse de jurisprudence, op. cit.*, p. 72.

⁴⁵⁴ SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 58.

⁴⁵⁵ DOMERGUE (M.). *Ibid.*, p. 104-105 ; SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 68.

⁴⁵⁶ DOMERGUE (M.). *Ibid.*, p. 183 ; MISSOL (A.). *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, th. Lyon, 1934, p. 100.

⁴⁵⁷ MISSOL (A.). *Ibid.*, p. 71 ; SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 70.

⁴⁵⁸ DOMERGUE (M.). *Ibid.*, p. 181 ; MISSOL (A.). *Ibid.*, p. 100 ; SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 180.

Art. 1131 anc. C. civ. : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

⁴⁵⁹ DOMERGUE (M.). *Ibid.*, p. 213 ; SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 203.

⁴⁶⁰ JOSSERAND (L.). *De l'abus des droits*, Paris : LNDJ, 1905.

⁴⁶¹ DOMERGUE (M.). *Ibid.*, p. 323 et s. ; MISSOL (A.). *Ibid.*, p. 167 ; SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 249.

⁴⁶² SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 6.

contrat d'adhésion sur les notions de volonté, de consentement, ou encore de liberté. Ces considérations théoriques sont notamment alimentées par le débat portant sur la nature juridique du contrat d'adhésion, loin d'être résolu. Contrairement aux premiers auteurs, cette seconde génération de juristes pondère avec plus de retenue et de prudence la théorie contractuelle du contrat d'adhésion. De fait, elle se montre plus sensible à la théorie réglementaire développée en droit public. De là, certains auteurs vont tenter de trouver un compromis et donner naissance à la théorie dite « semi-contractuelle » qui reconnaît que certains contrats d'adhésion, notamment ceux en lien avec un service public (distribution d'eau ou d'électricité, par exemple), s'apparentent plus à un règlement qu'à un contrat de droit privé⁴⁶³.

71. Déchiffrer le contrat d'adhésion. Finalement, ce débat les amène à se demander : qu'est-ce qu'un contrat ? Et qu'est-ce qu'un contrat d'adhésion ? Tout d'abord, ils reconnaissent que « le contrat d'adhésion est complexe »⁴⁶⁴. En plus d'être un phénomène juridique, il est également un phénomène économique et social⁴⁶⁵ qui ne peut être réduit à un « criterium unique de qualification »⁴⁶⁶. Cependant, il est possible de dégager des caractères communs, tels l'élaboration unilatérale du contrat par le stipulant, la nette supériorité économique permanente de ce dernier, la rédaction de l'offre publique en de très nombreux exemplaires, mais surtout l'obligation, plus ou moins forte, d'adhérer au contrat⁴⁶⁷, ce que Colomban appelle la « nécessité »⁴⁶⁸. L'expression « le contrat est à prendre ou à laisser » est récurrente dans ces ouvrages. Dès lors, le consentement est-il réel, voire avéré ? Missol, en 1934, répond par l'affirmative : « A notre avis, l'adhésion a la même valeur, au point de vue juridique, que le consentement qui résulte normalement d'une discussion »⁴⁶⁹. « Ce n'est pas parce qu'un individu n'a consenti qu'à contre-cœur (*sic*) à subir des conditions rigoureuses, écrit-il, qu'on peut contester après coup la réalité de son consentement »⁴⁷⁰. L'adhésion serait alors une « forme spéciale de consentement »⁴⁷¹.

⁴⁶³ SAINT-REMY (R. de). *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion : étude et analyse de jurisprudence*, op. cit., p. 39.

⁴⁶⁴ DOMERGUE (M.). *Ibid.*, p. 27 ; MISSOL (A.). *Ibid.*, p. 18.

⁴⁶⁵ COLOMBAN (F.). *L'excès de pouvoir contractuel*, th. Lyon, 1935, p. 74.

⁴⁶⁶ MISSOL (A.). *Ibid.*, p. 12.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 12 et s. ; SAINT-REMY (R. de). *Ibid.*, p. 15.

⁴⁶⁸ COLOMBAN (F.). *L'excès de pouvoir contractuel*, op. cit., p. 76.

⁴⁶⁹ MISSOL (A.). *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, op. cit., p. 156.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*

Partant, et d'un point de vue théorique, le contrat d'adhésion ne nécessiterait pas l'application d'une règle d'interprétation particulière. Aux yeux de Missol, « la faiblesse ne mérite pas d'être protégée pour elle-même, et qu'il soit nécessaire de lui porter secours, que dans la mesure seulement où on a cherché à abuser d'elle. C'est dire, qu'à notre avis, écrit Missol, l'adhérent n'est de la sollicitude des juges, que lorsque l'offrant a profité de sa situation privilégiée pour lui imposer des conditions draconiennes »⁴⁷². L'adhérent, qui ne peut se poser en victime d'un pouvoir économique plus fort que lui, ne peut donc être protégé de façon systématique car le contrat d'adhésion n'implique pas nécessairement une exploitation de l'adhérent⁴⁷³. De Saint-Rémy, avant lui, croyait également qu'une volonté très affaiblie ne suffisait pas à disqualifier le contrat d'adhésion de contrat car lorsque l'on s'interroge sur le consentement de l'adhérent, l'on parle bien de « consentement »⁴⁷⁴. Un point de vue qui ne sera pas partagé par Domergue qui estime, en 1935, qu'« adhérer, n'est pas consentir »⁴⁷⁵. Selon lui, le terme « adhésion », jugé incorrect par Missol⁴⁷⁶, révèle la faiblesse de l'adhérent⁴⁷⁷. Bien que le consentement existe toujours, il ne peut être comparé à celui exprimé dans un contrat de gré à gré.

Si les auteurs ne s'entendent pas sur le terrain théorique, ils se rejoignent sur les questions pratiques car tous reconnaissent que, malgré son « caractère respectable »⁴⁷⁸ et fortement utile à l'économie⁴⁷⁹, le contrat d'adhésion représente un danger pour l'adhérent⁴⁸⁰. Missol lui-même l'admet : « Du reste, même si l'on peut poser en principe, que l'offrant n'abuse pas de sa supériorité, cette seule circonstance qu'il lui est loisible de le faire, nous oblige à envisager la question de la protection de l'adhérent »⁴⁸¹. Cette protection passe, comme nous l'avons vu, par une intervention judiciaire qui doit se montrer plus

⁴⁷² **MISSOL (A.)**. *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, *op. cit.*, p. 159.

V. égal. **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 101, n° 58.

⁴⁷³ **MISSOL (A.)**. *Ibid.*, p. 160.

⁴⁷⁴ **SAINT-REMY (R. de)**. *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion : étude et analyse de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁷⁶ **MISSOL (A.)**. *Ibid.*, p. 9.

⁴⁷⁷ **SAINT-REMY (R. de)**. *Ibid.*, p. 50.

⁴⁷⁸ **MISSOL (A.)**. *Ibid.*, p. 161 ; **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 101, n° 58.

⁴⁷⁹ **COLOMBAN (F.)**. *L'excès de pouvoir contractuel*, *op. cit.*, p. 119-120.

⁴⁸⁰ **MISSOL (A.)**. *Ibid.*, p. 162.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 21.

hardie et une action législative « mesurée et sage »⁴⁸² afin d'éviter l'établissement d'une « économie dirigée »⁴⁸³.

72. Toutes ces interrogations relatives à l'essence du contrat⁴⁸⁴, et qui cherchent à mieux cerner le contrat d'adhésion, vont déclencher un séisme au sein de la théorie du contrat. « La proposition de Saleilles a eu une résonance qui a dépassé le seul débat sur la nature du contrat d'adhésion et a amené à une mise en question plus fondamentale de la “théorie contractuelle du code” »⁴⁸⁵. Nous pouvons donc supposer avec confiance que le contrat d'adhésion est à l'origine, du moins en partie, de la fameuse « crise du contrat ». Les exigences induites de ce contrat influencent la théorie générale qui n'a d'autre choix que de faire peau neuve malgré de nombreuses réticences nourries par un attachement profond à la conception classique du contrat.

B. La théorie du contrat d'adhésion, ou l'ébranlement de la théorie générale du contrat

73. La consolidation de la théorie du contrat d'adhésion va avoir des répercussions sur la théorie classique du contrat dont elle va remettre en cause les fondements considérés, jusqu'alors, comme transcendants et inébranlables. La doctrine civiliste de l'époque dut se rendre à l'évidence : le droit des contrats subissait une transformation sans précédent. Cela étant dit, avant d'intégrer le contrat d'adhésion au centre du nouveau discours contractuel qui se dessinait (2.), les auteurs de doctrine exprimèrent une crainte légitime face à ce changement significatif et son déclencheur (1.).

1. La crainte du contrat d'adhésion

74. *La dénégation pure et simple du contrat d'adhésion.* Le raz-de-marée que déclenche le contrat d'adhésion alarme une partie de la doctrine civiliste qui ne peut concevoir la théorie du contrat autrement que celle construite sur les dogmes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Partant, elle va essayer d'étouffer l'intérêt et la portée de la notion qui ne mérite pas d'accéder au rang de catégorie juridique et de laquelle

⁴⁸² DOMERGUE (M.), *Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, op. cit., p. 257.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 253.

⁴⁸⁴ CHASSAGNARD-PINET (S.), « La réception du contrat d'adhésion dans la théorie du contrat avant l'entrée de la notion dans le Code civil français », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, op. cit., p. 10.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 13.

il ne faut rien tirer⁴⁸⁶. « Pittoresque », l'expression est appréciée des magistrats qui ne veulent, cependant, n'y attacher « aucune valeur juridique particulière »⁴⁸⁷. Les auteurs vont jusqu'à taire, voire nier l'existence de la notion dans les ouvrages relatifs à la théorie générale du contrat⁴⁸⁸. Dans cette tempête qui balaye le paysage contractuel napoléonien, les auteurs ont pourtant conscience que les sacro-saints principes de ladite théorie s'effritent de plus en plus au contact de la notion de contrat d'adhésion. L'autonomie de la volonté s'effondre⁴⁸⁹, l'égalité des parties n'existe qu'en droit et non en fait, et la liberté contractuelle se résume, dans une majorité des cas, à la possibilité de choisir son cocontractant – s'il n'y a pas de monopole – et à conclure – adhérer à – un contrat. Toutefois, les juristes de l'époque essaient, tant bien que mal, de se raccrocher aux ultimes bastions de la théorie classique du contrat.

75. La justice contractuelle : jusqu'où aller ? Ce constat se dégage nettement dans l'œuvre de Louis Josserand dont la pensée traduit une grande modernité à l'intérieur de laquelle nous vivons encore⁴⁹⁰. Les écrits de Josserand, rédigés à une période charnière de l'Histoire, cristallisent ce qui allait devenir la « crise du contrat »⁴⁹¹. En ce sens, ils forment un formidable outil de compréhension de cette crise et de ses enjeux. La plume acerbe et acérée des chroniques Dalloz publiées dans les années 1930 semble trahir, aux premiers abords, l'hostilité de Josserand face aux transformations que subit le droit en général, et la théorie du contrat en particulier. Concernant le premier, l'auteur fustige l'ordre économique, financier et fiscal dont le système juridique est désormais tributaire⁴⁹². Il dénonce l'éclatement de « l'harmonieuse unité » créée par le Consulat et le Premier Empire⁴⁹³, et déplore le morcellement de la législation alors unifiée du Code Napoléon, donnant ainsi lieu à la naissance – ou à la renaissance – d'un droit de classe⁴⁹⁴. Ce dernier

⁴⁸⁶ SALLE DE LA MARNIERRE (E.) cité par CHASSAGNARD-PINET (S.). *Ibid.*, p. 11.

⁴⁸⁷ RIPERT (G.). *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 100, n° 57.

⁴⁸⁸ PLANIOL (M.). *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris : Cotillon, 1900 ; AUBRY (C.), RAU (C.). *Droit civil français : cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, t. 4, 5^e éd., Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1902 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.). *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. 1, 3^e éd., Paris : Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906.

⁴⁸⁹ GOUNOT (E.). *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *op. cit.*, p. 321, p. 332, et spéc. p. 336 et s. ; DEMOGUE (R.). *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 150 et s.

⁴⁹⁰ CHAZAL (J.-P.). « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 332.

⁴⁹¹ BATIFFOL (H.). « La "crise du contrat" et sa portée », in *Mélanges Batiffol, choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976, p. 393.

⁴⁹² JOSSERAND (L.). « Un ordre juridique nouveau », *D.*, 1937, chron. p. 41.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ JOSSERAND (L.). « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D.*, 1937, chron. p. 1.

porte un « coup fatal à la grande codification » et couve un instrument, « non de paix sociale, mais de guerre civile »⁴⁹⁵. Enfin, il regrette amèrement « l'amoralisation » du droit et s'attriste du déracinement traditionnel du droit⁴⁹⁶. Quant au second, Josserand s'insurge contre le législateur qui fait du contrat une affaire d'Etat⁴⁹⁷, en réglementant toutes les étapes de sa vie. En permettant à l'une des parties de se défaire de son engagement en arguant du droit de ne pas payer ses dettes, il porte atteinte au principe même de la parole donnée et met en branle la sécurité et la foi accordée dans les actes juridiques⁴⁹⁸. Quant au juge, Josserand ne tolère pas que ce dernier puisse outrepasser son office en « forçant » le contenu du contrat sur la base d'une volonté « singulièrement hypothétique et divinatoire »⁴⁹⁹ si bien que les contractants « ne sont plus maîtres chez eux »⁵⁰⁰. Face à cette étatisation grandissante du contrat et la mise en place d'un dirigisme excessif par les pouvoirs publics⁵⁰¹, « l'âge d'or du droit contractuel menace de prendre fin »⁵⁰² et « le contrat est dirigé vers sa ruine »⁵⁰³. C'est la « crise du contrat », dont les turbulences se cristallisent sous la plume du Doyen de la faculté de droit de Lyon. Le contrat ne se suffirait plus à lui-même et ne serait plus que l'ombre de « la source de droit par excellence » qu'il était auparavant, écrira Batiffol, quelques temps plus tard⁵⁰⁴. Tant sa force obligatoire que ses effets sont bafoués et absorbés par une « publicisation »⁵⁰⁵ toujours croissante.

Est-ce à dire que Louis Josserand était conservateur, moraliste et réfractaire à toute évolution du droit ? Rien n'est moins sûr, et peut-être aussi moins vrai. En réalité, la pensée de Josserand est extrêmement « complexe et mesurée », fine et nuancée⁵⁰⁶. N'est-ce pas lui qui a rédigé, au début du XX^e siècle, plusieurs ouvrages en faveur de la finalité sociale des droits subjectifs et contre l'abus de ces droits ? De fait, sa pensée serait proche du

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁹⁶ **JOSSERAND (L.)**. « Un ordre juridique nouveau », *art. préc.*, p. 42.

⁴⁹⁷ **JOSSERAND (L.)**. « La “publicisation” du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. 3, Paris : Librairie du Recueil Sirey/LGDJ, 1938, § 145, p. 144.

⁴⁹⁸ **JOSSERAND (L.)**. « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, n° 32, p. 91.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 90-91.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 91.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 91.

⁵⁰⁴ **BATIFFOL (H.)**. « La “crise du contrat” et sa portée », in *Mélanges Batiffol, choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976, p. 393.

⁵⁰⁵ **JOSSERAND (L.)**. « La “publicisation” du contrat », *art. préc.*, p. 143.

⁵⁰⁶ **CHAZAL (J.-P.)**. « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *art. préc.*, p. 331 ; **CHAZAL (J.-P.)**. « “Relire Josserand”, oui mais... sans le trahir ! », *D.*, juill. 2003, n° 27, p. 1777 (en réponse à **BAILLON-PASSE (C.)**. « “Relire Josserand” », *D.*, juin 2003, n° 24, p. 1571).

solidarisme et du socialisme libéral défendus à l'époque⁵⁰⁷. Alors, comment expliquer un tel revirement ? En réalité, il s'agit moins d'un revirement que d'une profonde inquiétude face à « la cadence plus rapide »⁵⁰⁸ des transformations juridiques et à la technique législative employée pour y faire face⁵⁰⁹. Pourquoi cette soudaine inquiétude ? Il nous faut contextualiser la pensée de l'auteur. Ses critiques les plus sévères ont, en effet, été rédigées dans les années 1930, soit en pleine crise économique, sociale et politique. La bourse de New York s'était effondrée quelques années auparavant, plongeant alors le monde dans une crise financière majeure. En plus de ces répercussions économiques, la III^e République était de nouveau secouée par une sérieuse instabilité politique et de violentes émeutes alimentées par le parti communiste qui forma, en 1936, avec les autres partis de gauche, le Front populaire. A la veille de l'instauration du régime de Vichy, l'exacerbation des intérêts des classes moyennes et ouvrières peut expliquer le brusque recul pris par Josserand dans la défense des plus faibles et son vigoureux élan en faveur de la force obligatoire du contrat. Le pressentiment de changements profonds et imminents peut expliquer la crainte de l'auteur qui semble préférer « le changement lent et réfléchi » et opter pour « une voie moyenne »⁵¹⁰. Malgré cette profonde déstabilisation, l'auteur n'a jamais été pour la permanence du droit⁵¹¹, ni contre les plus petits⁵¹². Il semble même avoir accepté d'embrasser ce changement pour y percevoir une véritable « transfiguration »⁵¹³ de la théorie générale du contrat, qui a conduit à un réel « effet purificateur » comme il sera dit plus tard⁵¹⁴.

⁵⁰⁷ CHAZAL (J.-P.). « Relire Josserand », oui mais... sans le trahir ! », *art. préc.*, p. 1781.

⁵⁰⁸ JOSSERAND (L.). « Un ordre juridique nouveau », *art. préc.*, p. 41.

⁵⁰⁹ JOSSERAND (L.). « Les déformations récentes de la technique législative », *D.*, 1939, chron. p. 9.

⁵¹⁰ CHAZAL (J.-P.). « Relire Josserand », oui mais... sans le trahir ! », *art. préc.*, p. 1781.

⁵¹¹ JOSSERAND (L.). « Le Code civil et ses destinées », in *Evolution et actualités : conférences de droit civil*, Paris : Sirey, 1936 : sans tarir d'éloges à l'égard de Napoléon et de son œuvre (p. 10 et s.), Josserand ne va pas jusqu'à considérer le Code Code Napoléon comme une législation immuable et autosuffisante contrairement à d'autres, qu'il critique (p. 12 et s.). Il n'exclut d'ailleurs pas l'hypothèse d'une révision du Code civil lorsque « le moment se fera sentir » (p. 27 et s.).

⁵¹² JOSSERAND (L.). « La protection des faibles par le droit », in *Evolution et actualités : conférences de droit civil, op. cit.*, p. 159, spéc. p. 173 et s. : l'auteur défend l'introduction, au sein du droit français, de la lésion à l'image des droits allemand et suisse qui reconnaissent la lésion subjective, c'est-à-dire fondée sur la reconnaissance par l'exploitation de la faiblesse de l'une des parties par l'autre. Il reprend également les grandes lignes de la théorie de l'abus de droit qu'il avait présentée au début du siècle.

⁵¹³ JOSSERAND (L.). « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 4.

⁵¹⁴ REMY (P.). « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, CADIET (L.) (dir.), Paris : Economica, 1987, p. 273, n° 9.

2. Le contrat d'adhésion dans le nouveau débat contractuel

76. *L'acceptation entière du contrat d'adhésion par L. Josserand.* Josserand est le premier à affirmer que si le contrat traverse une crise, « c'est une crise de croissance qui se traduit tant par de nouveaux apports venus de l'extérieur que par un regain de vitalité »⁵¹⁵ qui devrait aboutir à « la “déromanisation” du contrat »⁵¹⁶, et à son adaptation au contexte économique et social du monde dans lequel il évolue désormais. Plus précisément, l'auteur va jusqu'à affirmer qu'il ne s'agit nullement d'une crise du contrat mais plutôt d'une décadence du principe cardinal de l'autonomie de la volonté⁵¹⁷. « Le concept contractuel demeure, soutient Josserand ; sa souplesse, son élasticité l'ont préservé de la décrépitude et de la mort [...] »⁵¹⁸. Ainsi, l'auteur ne semble plus percevoir d'un mauvais œil ce « forçage » du contrat qu'induit le contrat d'adhésion. Au contraire, cette nouvelle activité du juge conduit, en réalité, à adapter le contenu contractuel aux besoins de la société et, par conséquent, à faire vivre le contrat⁵¹⁹. Il reconnaît que l'intervention du juge est nécessaire et salutaire dans ces contrats rédigés par une seule des parties. A ce propos, Josserand va se montrer favorable à l'émergence des contrats d'adhésion et justifier leur utilité au regard de l'écoulement rapide du temps dans une société industrialisée⁵²⁰. C'est ainsi qu'il affirme qu' : « à d'autres contractants il fallait d'autres contrats »⁵²¹. Cependant, il a parfaitement conscience que le contrat d'adhésion, qui impose la loi du plus fort au plus faible, est à l'origine de bien des abus auxquels il est impératif de remédier⁵²². C'est pourquoi il semble approuver la politique législative de lutte contre des clauses qui seraient considérées comme iniques⁵²³. L'auteur invite donc à repenser la théorie traditionnelle du contrat pour la

⁵¹⁵ **JOSSERAND (L.)**. « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris : Sirey, 1934, p. 346.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ **JOSSERAND (L.)**. « La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil des français », in *Le droit civil français : livre-souvenir des journées du droit civil français*, Montréal : Barreau du Québec, Paris : Sirey, 1937, p. 39 (cet ouvrage regroupe les allocutions prononcées à la fin de l'Eté 1934 lors du Congrès de droit civil français de Montréal).

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ **JOSSERAND (L.)**. « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*, p. 339.

V. plus largement sur l'intervention jurisprudentielle bénéfique, en général, **JOSSERAND (L.)**. « Le Code civil et ses destinées », *art. préc.*, p. 24 et s., et en matière de propriété, **JOSSERAND (L.)**. « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris : Dalloz, 1939, p. 369, spéc. p. 373, n° 8 et s.

⁵²⁰ **JOSSERAND (L.)**. « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*, p. 336-337.

⁵²¹ **JOSSERAND (L.)**. « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 4.

⁵²² **JOSSERAND (L.)**. « La protection des faibles par le droit », *art. préc.*, p. 169.

⁵²³ *Ibid.*, p. 170.

renouveler et l'enrichir d'institutions nouvelles⁵²⁴. En réalité, ce que Josserand regrette et craint, surtout, c'est l'apparition du contrat dit forcé ou légal⁵²⁵, aussi appelé « contrat imposé »⁵²⁶, dont la formation et le contenu sont entièrement réglementés par le législateur. Si le contrat d'adhésion participe à la « publicisation » du contrat⁵²⁷, reste qu'il fait appel à un dirigisme modéré en ce que son contenu réside encore dans la maîtrise de l'une des parties, et que sa force obligatoire tient toujours du consentement des deux parties. Réflexion faite, c'est sur le terrain du « dirigisme contractuel » que se jouerait le véritable « drame contractuel »⁵²⁸. La protection que souhaite garantir le législateur face aux contrats d'adhésion n'est pas un mal en soi et n'est pas, en principe, condamnable⁵²⁹. Ce qui est répréhensible, c'est l'intrusion du législateur au sein des contrats conclus. En réglementant, non généralement, mais dans le détail, certains contrats, le législateur sape le principe de la force obligatoire du contrat et incite les parties à ne pas tenir leur parole⁵³⁰. Selon Josserand, le « dirigisme contractuel » est incriminable en ce qu'il est « anticontractuel », « parce qu'il réalise non pas du socialisme juridique, mais bien de l'anarchie »⁵³¹.

77. L'acceptation résignée du contrat d'adhésion par G. Ripert. Contemporain – et critique – de Josserand, Georges Ripert élaborera ses réflexions, assurément plus politiques⁵³² et probablement plus conservatrices, dans le même contexte économique, politique et social que son collègue lyonnais. Abstraction faite de ce qui lui réserve l'avenir, il est tout à fait concevable de supposer que Ripert, au même titre que Josserand, tentait, par tous les moyens, de se raccrocher à un monde qu'il s'avait révolu et qu'il « voyait disparaître avec souffrance »⁵³³. Alors qu'il affirmait, en 1934, que le contrat n'avait jamais

⁵²⁴ **JOSSERAND (L.)**. « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *art. préc.*, p. 5.

⁵²⁵ **JOSSERAND (L.)**. « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *D.*, 1940, n° 2, p. 5.

⁵²⁶ **PERREAU (E.-H.)**. « Une évolution vers un Statut légal des Contrats », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, op. cit.*, p. 354. V. égal. **MOREL (R.)**. « Le contrat imposé », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 2, Paris : Pichon et Auzias, 1950, p. 116

⁵²⁷ **JOSSERAND (L.)**. « La «publicisation» du contrat », *art. préc.*, p. 146, n° 7.

⁵²⁸ **JOSSERAND (L.)**. « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *art. préc.*, p. 5.

⁵²⁹ **JOSSERAND (L.)**. « La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil des français », *art. préc.*, p. 37.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 38.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² **RIPERT (G.)**. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris : LGDJ, 1948, p. 2, n° 1. A noter que la première édition de cet ouvrage est parue en 1936, soit concomitamment aux diverses publications de Josserand citées précédemment.

⁵³³ **CHAZAL (J.-P.)**. « G. Ripert et le déclin du contrat », *RDC*, avr. 2004, n° 2, p. 256.

été aussi vivant que dans la période actuelle⁵³⁴ et que l'inflation législative, bien qu'un tantinet intrusive⁵³⁵, était nécessaire à l'épanouissement de cette institution, Ripert constate avec effarement, quelques années plus tard, le « déclin du contrat »⁵³⁶. A ses yeux, ce déclin trouve son origine dans un régime démocratique construit sur un suffrage universel donnant aux plus faibles, c'est-à-dire à la majorité des citoyens français, l'opportunité de compenser un pouvoir juridique mince, voire inexistant⁵³⁷. En effet, « la voix du nombre c'est la voix des pauvres »⁵³⁸. Partant, le législateur, pris « d'envie et de haine envers les plus forts »⁵³⁹, va tendre à protéger une catégorie de personnes dans son ensemble sans tenir compte des situations particulières. En cherchant à protéger cette catégorie sociale donnée, le législateur va établir des règles spéciales et non générales « car la démocratie n'aime pas les règles générales qui peuvent devenir des armes aux mains des plus forts, c'est-à-dire de ceux qui sont le plus en mesure de mener le combat judiciaire »⁵⁴⁰. Il serait faux de croire que Ripert est absolument insensible à la cause des plus vulnérables et hermétique à toute idée de protection. Il est, par exemple, un ardent défenseur de la reconnaissance de la lésion qualifiée au sein du droit commun des contrats⁵⁴¹. En réalité, et comme Josserand, il regrette cette législation d'un genre nouveau, morcelée et catégorielle⁵⁴².

C'est ainsi qu'il perçoit la distinction opérée au sein de la théorie du contrat entre contrat négocié et contrat d'adhésion comme un élément de la « décadence du contrat »⁵⁴³. Selon Ripert, Saleilles, « imbu des idées démocratiques »⁵⁴⁴, aurait lancé une idée finalement « moins [dangereuse] pour le respect de la morale que le contrat librement discuté entre deux parties »⁵⁴⁵. Selon lui, le contrat d'adhésion est régulier, soumis au contrôle de l'Administration et dont les clauses seraient « plus aisées à comprendre que les clauses d'un

⁵³⁴ **RIPERT (G.)**. « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, *op. cit.*, p. 353.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 348-350. V. égal. **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 104, n° 60 : l'auteur réitère son souhait de ne protéger l'adhérent qu'en cas d'exploitation de sa position de faiblesse. L'auteur est catégorique : « L'intervention du législateur ne doit pas avoir d'autre but ». Selon lui, la question de la protection de l'adhérent ne doit pas être « viciée par des considérations purement politiques ». Une affirmation qui tranche quelque peu avec sa position adoptée dans son ouvrage *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris : LGDJ, 1948.

⁵³⁶ **RIPERT (G.)**. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, *op. cit.*, p. 252, spéc., p. 290, n° 159.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 176, n° 96.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 192, n° 105.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 191, n° 105.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 174, n° 96.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 167 et s.

⁵⁴² **RIPERT (G.)**. « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », *D.*, 1950, p. 2 et p. 4.

⁵⁴³ **CHAZAL (J.-P.)**. « G. Ripert et le déclin du contrat », *art. préc.*, p. 250.

⁵⁴⁴ **RIPERT (G.)**. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, *op. cit.*, p. 174, n° 96.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 175, n° 96.

acte notarié »⁵⁴⁶. Si la formule plaît autant, c'est parce qu'elle permet à l'opinion publique de dénoncer l'abus de puissance économique⁵⁴⁷. Ce qui contrarie Ripert, ce n'est pas tant que le contrat d'adhésion vienne protéger les plus faibles. « Annuler un contrat abusif, écrit l'auteur, c'est après tout rendre hommage à la force obligatoire du contrat librement conclu. Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, interdit la lésion, arrête l'abus du droit, poursuit l'auteur, il défend au fond l'idée de la force contractuelle et il peut se flatter de parachever l'œuvre du Code civil »⁵⁴⁸. Ce qu'il regrette c'est l'atteinte faite à la valeur du contrat par le législateur qui « présume la faiblesse de toute une catégorie de contractants et prohibe pour la protéger les conventions et les clauses qui porteraient atteinte à leurs intérêts. Pour faire cesser l'inégalité contractuelle il interdit la lutte »⁵⁴⁹.

78. *Le reconnaissance progressive du contrat d'adhésion par la doctrine civiliste.*

Qu'ils y soient réfractaires ou favorables, les auteurs de doctrine commencent progressivement à faire mention du contrat d'adhésion au sein de leurs ouvrages, et vont même jusqu'à lui accorder une place au sein de la classification des contrats en l'opposant au contrat de gré à gré. Tous vont retenir et proposer une définition du contrat d'adhésion impliquant la rédaction unilatérale du contrat par l'une des parties, l'impossibilité d'en discuter les termes pour l'autre conduisant ainsi à son adhésion pure et simple à l'acte visé⁵⁵⁰. Gaudemet, Josserand, ainsi que Planiol, ajouteront un autre critère à leur définition en tenant compte du déséquilibre de puissance affectant le contrat d'adhésion⁵⁵¹. Les auteurs vont également reprendre et intégrer les réflexions et conclusions présentées par les docteurs précédemment cités, à savoir les débats sur la nature du contrat d'adhésion et la question de l'opposabilité des clauses à l'adhérent. Quant à la première interrogation, certains optent pour la qualification d'acte unilatéral⁵⁵², voire semi-contractuel⁵⁵³, tandis que

⁵⁴⁶ **RIPERT (G.)**. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., p. 175, n° 96.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 253, n° 138.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ **PLANIOL (M.), RIPERT (G.)**. *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 6, Paris : LGDJ, 1952, p. 136-137, n° 122 ; **BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)**. *Cours de droit civil français, t. 8 : les contrats et les obligations*, 2^e éd., Paris : Rousseau, 1936, p. 38, n° 55 ; **GAUDEMET (E.)**. *Théorie générale des obligations*, Paris : Dalloz, 2004 (réimpression de 1937), p. 52-53 ; **JOSSERAND (L.)**. *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3^e éd., Paris : Sirey, 1939, p. 22, n° 32 ; **PLANIOL (M.)**. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1947, p. 21, n° 54.

⁵⁵¹ **GAUDEMET (E.)**. *Ibid.*, p. 52 ; **JOSSERAND (L.)**. *Ibid.*, p. 23, n° 32 ; **PLANIOL (M.)**. *Ibid.*

⁵⁵² **PLANIOL (M.), RIPERT (G.)**. *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., p. 137, n° 123. V. égal. **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 98, n° 56.

⁵⁵³ **GAUDEMET (E.)**. *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 55.

d'autres voient dans le contrat d'adhésion un contrat comme un autre⁵⁵⁴. Concernant la seconde, ils reconnaissent l'intervention nécessaire du législateur et du juge, dont l'activité interprétative doit reposer sur les anciens articles 1134 et 1135 du Code civil, ainsi que sur l'ancien article 1162⁵⁵⁵. Cependant, l'on ressent chez certains auteurs une réticence à pleinement intégrer le contrat d'adhésion et sa théorie dans le moule traditionnel du contrat. Planiol et Ripert répugnent à remettre totalement en cause le principe de l'autonomie de la volonté⁵⁵⁶, et Planiol seul reprendra la formule « adhérer, c'est consentir » et estimera que la faiblesse de volonté ne doit pas forcément sous-entendre un vice du consentement⁵⁵⁷. Gaudemet, quant à lui, traite du contrat d'adhésion dans un appendice⁵⁵⁸. Lorsque ces auteurs accueillent la notion de contrat d'adhésion avec prudence et que d'autres l'évincent encore⁵⁵⁹, Josserand pousse la réflexion plus loin et choisit de faire une longue digression sur le contrat de travail alors considéré comme l'archétype du contrat d'adhésion. De fait, il qualifie le contrat de travail de contrat à double adhésion en raison de la multiplication des conventions collectives auxquelles les employeurs doivent, à leur tour, adhérer⁵⁶⁰.

Nous ne pouvons, encore une fois, qu'être très sensible à l'impulsion émise par la notion de contrat d'adhésion dans la prise de conscience d'une nécessaire transformation de la théorie du contrat. En effet, nous pouvons de nouveau remarquer que le contrat d'adhésion est l'un des facteurs majeurs, si ce n'est déterminant, de l'évolution de la théorie contractuelle. A cause, ou plutôt grâce, aux actions qu'il mobilise de la part du législateur et du juge, le contrat d'adhésion, loin de provoquer une crise, agit comme un moteur du progrès, voire même de l'innovation, de la théorie classique du contrat. Depuis sa création, il ne cesse de bouleverser les codes – le Code – et d'instiguer de nouvelles réflexions doctrinales. Batiffol, qui fera le point sur la « crise du contrat » quelques années plus tard, estimera qu'il est inopportun de parler de crise ou de mort du contrat⁵⁶¹. Il expliquera, grâce

⁵⁵⁴ **BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)**. *Cours de droit civil français, t. 8 : les contrats et les obligations, op. cit.*, p. 38, n° 59 ; **JOSSERAND (L.)**. *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, p. 23, n° 32.

⁵⁵⁵ **PLANIOL (M.), RIPERT (G.)**. *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p. 482-483, n° 373 ; **BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)**. *Cours de droit civil français, t. 8 : les contrats et les obligations, op. cit.*, p. 216, n° 299 ; **JOSSERAND (L.)**. *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, p. 24, n° 33.

⁵⁵⁶ **PLANIOL (M.), RIPERT (G.)**. *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p. 22, n° 16.

⁵⁵⁷ **PLANIOL (M.)**. *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, p. 22, n° 54.

⁵⁵⁸ **GAUDEMET (E.)**. *Théorie générale des obligations, op. cit.*, p. 52.

⁵⁵⁹ **AUBRY(C.), RAU (C.)**. *Droit civil français, Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, t. 4, 6^e éd., Paris : Marchal & Billard, 1942 ; **COLIN (A.), CAPITANT (H.)**. *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10^e éd., Paris : Dalloz, 1948.

⁵⁶⁰ **JOSSERAND (L.)**. *Cours de droit civil positif français, op. cit.*, p. 747 et s.

⁵⁶¹ **BATIFFOL (H.)**. « La "crise du contrat" et sa portée », *art. préc.*, p. 408.

aux connaissances acquises par la recherche juridique depuis, que le forçage du contrat n'est, en réalité, que l'équivalent de l'opération anglaise appelée « *construction* »⁵⁶², et précisera que la liberté contractuelle théoriquement supposée n'a jamais absolument existé en pratique⁵⁶³, et qu'il est possible de voir de la liberté dans l'adhésion⁵⁶⁴. Il mentionne, enfin, que la loi a toujours été présente dans la vie du contrat et que l'intervention législative a toujours été nécessaire pour l'encadrer⁵⁶⁵. Finalement, il semblerait que chaque perturbation et chaque renouvellement observés semblent très souvent, si ce n'est toujours, pointer vers le contrat d'adhésion qui se révèle être alors une réelle notion avant-gardiste.

* * *

Conclusion de la section 2 :

79. Le début du XX^e siècle illustre une réception mitigée de la notion de contrat d'adhésion par la doctrine civiliste. Si une première génération de docteurs se saisit de l'opportunité donnée par Raymond Saleilles de procéder à la construction du régime du contrat d'adhésion, une autre partie de la doctrine fait le choix d'éclipser la notion des débats concernant une éventuelle réforme du Code civil en raison de son caractère doctrinal trop prononcé et de sa réalité quelque peu insaisissable. Le flambeau sera repris au lendemain de la Première Guerre mondiale par une seconde génération de docteurs qui va consolider les acquis posés par leurs prédécesseurs. Cet affinement doctrinal va grandement bouleverser le discours contractuel de l'époque. Traversant une première crise, la théorie générale du contrat se voit contrainte d'évoluer sous l'impulsion du contrat d'adhésion qui appelle encore et toujours à une plus grande justice contractuelle. Le discours contractuel qui mobilisera la doctrine au tournant du nouveau millénaire poursuivra le travail de reconstruction de ladite théorie.

* * *

*

⁵⁶² **BATIFFOL (H.)**. « La “crise du contrat” et sa portée », *art. préc.*, p. 397.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 400.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 401. V. *infra* n° 318.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 404-405. V. *supra* n° 30.

Section 3 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats au tournant du XXI^e siècle

80. Après avoir acté la transformation de la théorie générale du contrat, il fallait désormais procéder à la reconstruction de celle-ci⁵⁶⁶. Les piliers sur lesquels s'était bâtie et appuyée la théorie contractuelle devaient être, si ce n'est retirés, remodelés et laisser place à de nouveaux principes directeurs⁵⁶⁷. Cette nouvelle lecture du contrat ne se fit pas d'une traite, et son élaboration s'étala sur des décennies avant d'aboutir à l'ordonnance de réforme du droit des contrats en 2016. Le déclenchement de ce processus date de la fin des années 1990 et du début des années 2000, autre moment charnière dans l'histoire du droit des contrats qui connut une « nouvelle crise ». Le bouillonnement intellectuel qui anime cette époque génère une abondante littérature qui défend, entre autres, un renouveau du contrat, tant dans sa pratique que dans sa philosophie. Le constat alarmant d'une inégalité contractuelle persistante et de ses conséquences désastreuses pour les contractants les plus vulnérables interpellent les auteurs de doctrine, mais aussi les juges. Les mesures législatives de plus en plus protectrices fleurissent et les décisions judiciaires se font plus équitables.

A l'origine de cette perturbation qui secoua la planète contractuelle à l'aube du III^e millénaire, l'on retrouve le contrat d'adhésion. Ceci dit, la notion connut un passage à vide. Certes, elle mit en lumière la nécessité de protéger la partie faible et invita à nuancer les dogmes classiques de la théorie du contrat. Des règles protectrices de la partie vulnérable ont donc été adoptées mais elles ont, cependant, « fait une entrée voilée dans la théorie du contrat »⁵⁶⁸. Corrélativement, la notion de contrat d'adhésion a pendant longtemps fait l'objet d'une reconnaissance implicite (§ 1) jusqu'à être, encore une fois, totalement occultée lors de la célébration du Bicentenaire du Code civil (§ 2).

§ 1 : La reconnaissance implicite du contrat d'adhésion

81. La figure du contrat d'adhésion inspire nombre d'écrits doctrinaux pensés et de décisions jurisprudentielles rendues dans l'optique d'un rétablissement d'une égalité contractuelle perdue, d'une meilleure prise en compte des intérêts de la partie vulnérable à

⁵⁶⁶ CHASSAGNARD-PINET (S.). « La réception du contrat d'adhésion dans la théorie du contrat avant l'entrée de la notion dans le Code civil français », *art. préc.*, p. 15.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

la relation contractuelle et d'un accroissement des mesures protectrices prises en faveur de cette dernière. Cependant, cette inspiration, si elle est parfois clairement revendiquée, s'apparente très souvent à une allusion discrète. A l'heure d'une renaissance de la théorie solidariste, le contrat d'adhésion demeure sous-entendu (A.). Et alors que les règles protectrices se multiplient, ce dernier ne prétend qu'à être une qualification implicite (B.).

A. Le contrat d'adhésion, sous-entendu dans le solidarisme contemporain

82. *Le contrat d'adhésion, exclu de la doctrine solidariste ?* Le solidarisme contractuel vise à ériger « en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité ou de bonne foi et qui impose aux contractants l'obligation de collaborer »⁵⁶⁹. L'objectif de cette doctrine est donc d'adopter une autre conception du contrat que celle découlant de la philosophie classique⁵⁷⁰ en revenant à une certaine égalité revisitée⁵⁷¹, en permettant une plus grande intervention du juge au sein du contrat⁵⁷², en tendant à l'équilibre contractuel⁵⁷³ et en plaçant un devoir de collaboration au cœur de la relation contractuelle⁵⁷⁴. Il faut noter que cette doctrine ne cherche pas à ôter ces pierres d'angle du droit des contrats. Tout au plus, souhaite-t-elle y apporter des correctifs suffisamment puissants pour bâtir un monde contractuel équilibré et garantir cet équilibre. C'est ainsi que le souhait de la doctrine solidariste était de bâtir un droit des contrats en partant du postulat d'inégalité pour créer un droit des relations contractuelles inégalitaires⁵⁷⁵. Malgré cette nuance, le projet proposé et défendu par les professeurs Jamin et Mazeaud, chefs de file du solidarisme, n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine civiliste dont une partie y a été très réfractaire. Le réduisant à un « remarquable gâchis »⁵⁷⁶, le qualifiant de « solidarisme de

⁵⁶⁹ **NICOD (M.)**. « Avant-propos », in *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. v.

⁵⁷⁰ **COURDIER-CUISINIER (A.-S.)**. *Le solidarisme contractuel*, préf. LOQUIN (E.), Paris : Lexis Nexis, 2006, p. 18, n° 27.

⁵⁷¹ **THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)**. « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, juin 1997, n° 2, p. 378 et s., n° 28 et s.

⁵⁷² **MAZEAUD (D.)**. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris : PUF-Dalloz-Litec, 1999, p. 603 ; **MAZEAUD (D.)**. « Le juge et le contrat : variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris : Dalloz, 2005, p. 235.

⁵⁷³ **JAMIN (C.)**. « Le procès du solidarisme : brève réplique », *art. préc.*, p. 162, n° 4.

⁵⁷⁴ **GRYNBAUM (L.)**. « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 38 ; **MAZEAUD (D.)**. « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », *4^e Conférence Roger-Comtois*, Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 13 et s.

⁵⁷⁵ **JAMIN (C.)**. « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 472.

⁵⁷⁶ **LEQUETTE (Y.)**. « Bilans des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier*, Paris : Economica, 2008, p. 287, n° 37.

fourmi »⁵⁷⁷ ou « d'anti-système »⁵⁷⁸, jugeant, encore aujourd'hui, son opposition avec le volontarisme de « largement factice »⁵⁷⁹, les détracteurs du solidarisme contractuel ont particulièrement craint pour la sécurité juridique et la stabilité des contrats face à un solidarisme jugé trop « angélique », voire « sentimental »⁵⁸⁰. L'autre principal reproche qui fut adressé à cette doctrine était son manque d'assise technique qui, dans le fond, ne faisait que dévoiler son caractère avant tout moral⁵⁸¹. Parmi les différentes critiques qui ont pu être formulées à l'égard du solidarisme contractuel, il en est une qui a particulièrement retenu notre attention. Le professeur Lequette, dans son article paru en 2008, regrette que les auteurs solidaristes n'aient pas adopté une approche plus pragmatique du solidarisme en visant plus spécifiquement des catégories montantes du droit des contrats tels les contrats-échange ou les contrats-organisation⁵⁸², préférant ainsi rester sur le terrain du discours moral, voire politico-social⁵⁸³. Il ajoute alors que l'« on est bien loin de Saleilles identifiant la figure du contrat d'adhésion »⁵⁸⁴.

Que veut dire exactement l'auteur ? Reproche-t-il aux solidaristes leur manque de réalisme et d'inventivité ? Regrette-t-il que le contrat d'adhésion ne soit pas le guide de leurs réflexions, comme il l'a été pour Saleilles à son époque ? Aurait-il souhaité que le solidarisme contemporain ait, pour étendard, une figure particulière comme l'était le contrat d'adhésion pour le solidarisme du XIX^e siècle ? Partant, nous nous sommes demandée qu'elle était la place du contrat d'adhésion au sein du solidarisme contemporain ? Nous avons passé au crible les écrits traitant du solidarisme, et plus particulièrement ceux ayant trait à la

⁵⁷⁷ **LEQUETTE (Y.)**. « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hanser*, Paris : Dalloz-Lexis Nexis, 2012, p. 886, n° 6.

⁵⁷⁸ **REMY (P.)**. « La genèse du solidarisme », *art. préc.*, p. 11.

⁵⁷⁹ **CHENEDE (F.)**. « Le droit civil, au naturel (ou l'actualité d'un passé) », *RTD civ.*, juill.-sept. 2020, n° 3, p. 517, n° 11 : l'opposition entre volontarisme et solidarisme est loin d'être artificielle et surtout, n'est pas symptomatique de la période charnière entre la fin du XX^e siècle et le début du XXI^e siècle. Cette opposition est justement ce qui a donné naissance au solidarisme social du début du XX^e siècle que nous avons étudié plus haut. La raison d'être de ce nouveau discours contractuel est précisément la critique faite par les civilistes de l'époque d'un volontarisme débridé et devenu anachronique face à la multiplication des contrats d'adhésion.

⁵⁸⁰ **LEQUETTE (Y.)**. « Bilans des solidarismes contractuels », *art. préc.*, p. 257, n° 11. Le professeur Jamin répond à cette critique en précisant que le solidarisme ne doit pas être confondu avec le socialisme. Il rappelle que le solidarisme contractuel demeure une branche très conservatrice dont l'objectif premier était justement de protéger l'autonomie de la volonté d'une partie en faisant de l'Etat son garant (**JAMIN (C.)**). « Notations sur le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 438 et 442). Comme nous l'avons vu en introduction, R. Saleilles est loin d'être un révolutionnaire mais est, au contraire, qualifié de conservateur. Certes, il est partisan du droit social et a créé la notion de contrat d'adhésion mais jamais il ne remet en cause les principes fondateurs du droit des contrats.

⁵⁸¹ **LEVENEUR (L.)**. « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 181.

⁵⁸² **LEQUETTE (Y.)**. « Bilans des solidarismes contractuels », *art. préc.*, p. 261, n° 15.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 262, n° 16.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

jurisprudence qui a donné lieu à une joute doctrinale sans précédent, et désormais bien connue, entre les tenants du solidarisme et ses détracteurs. Le constat s'est avéré être à la fois décevant et curieux : le contrat d'adhésion est relativement absent des lignes publiées sur le solidarisme.

83. Les moindres références au contrat d'adhésion. Des quatre décisions composant « les fleurons du solidarisme contractuel »⁵⁸⁵, seul un arrêt a donné lieu à des commentaires mentionnant le contrat d'adhésion. Il s'agit du célèbre arrêt *Chronopost* rendu le 22 octobre 1996⁵⁸⁶, premier d'une longue saga judiciaire⁵⁸⁷. Les faits se récitent désormais par cœur. Un professionnel confie sa réponse à un appel d'offres à la société Chronopost chargée de délivrer ledit courrier. Or, il est reproché à la société en question de ne pas avoir satisfait à son obligation de rapidité et de célérité, le courrier n'ayant pas été délivré en temps et en heure à l'adjudicateur. Le professionnel a donc vu ses chances de participer au projet être réduites à néant si bien qu'il assigne la société Chronopost en réparation du préjudice subi. Cette dernière lui oppose alors une clause limitative de responsabilité insérée dans les conditions générales du contrat. Au visa de l'ancien article 1131 du Code civil relatif à la cause, la Cour de cassation répute non écrite ladite clause estimant que cette dernière portait atteinte à l'obligation essentielle du contrat. La solution rendue par la Haute Cour est loin d'avoir fait l'unanimité au sein de la doctrine. Selon certains auteurs, la clause limitative de responsabilité insérée dans les conditions générales du contrat de transport de courrier ne porte pas atteinte à la cause du contrat qui n'a pas pour objet la vitesse de délivrance du courrier. Ainsi, l'obligation de rapidité dont se prévaut le particulier n'est pas entrée dans le champ contractuel. La seule obligation que devait respecter la société Chronopost était celle de délivrer le courrier, ce qu'elle a fait. Or, c'est quelque peu jouer sur les mots, surtout lorsque l'entreprise porte le nom de « Chronopost » et qu'elle a construit sa réputation et sa notoriété sur le transport rapide de colis. En conséquence, d'autres auteurs ont estimé que

⁵⁸⁵ **MAZEAUD (D.)**. « Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace ! », *Defrénois*, mars 1999, n° 6, p. 371 : parmi ces fleurons, le professeur Mazeaud cite l'arrêt *Huard* (n° 90-18.547), l'arrêt *Chronopost* (n° 93-18.632), l'arrêt *Macron* (n° 95-14.105) et l'arrêt *Chevassus-Marche* (n° 96-18.357).

⁵⁸⁶ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, arrêt *Chronopost* : *JCP E*, mars 1997, n° 12, 924, p. 49, comm. J.K. Adom ; *JCP G*, juill. 1998, n° 29, I, 152, p.1315, doct. J.-P. Chazal ; *D.*, juin 1997, n° 22, p. 175, note P. Delebecque ; *JCP G*, fév. 1997, n° 8, I, 4002, p. 88, doct. M. Fabre-Magnan ; *D.*, sept. 1999, n° 33, p. 352, note J.-M. Guéguen ; *D.*, janv. 1997, n° 1, p. 145, chron. C. Larroumet ; *Defrénois*, mars 1997, n° 5, p. 333, note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, juin 1997, n° 2, p. 418, note J. Mestre ; *RTD civ.*, janv.-mars 1998, n° 1, p. 213, note N. Molfessis ; *D.*, 1997, juris. p. 121, note A. Sériaux ; *JCP G*, mai 1997, n° 22, I, 4025, p. 241, doct. G. Viney.

⁵⁸⁷ Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-15.678, inédit, arrêt *Securinfor* ; Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-12.554, *Bull. civ.* IV, n° 121, arrêt *Chronopost II* ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, *Bull. civ.* IV, n° 132, arrêt *Chronopost III*.

L'obligation de rapidité et de célérité, dont se vantait ladite société, était bel et bien entrée dans le champ contractuel. Partant, elle établissait la cause du contrat conclu. Aussi, faut-il se détacher de l'appréciation technique de la solution pour observer sa politique générale. En réalité, la solution rendue par la Cour de cassation, aussi critiquable soit-elle, peut s'expliquer par le fait que le contrat d'espèce était un contrat d'adhésion⁵⁸⁸. Ne bénéficiant pas d'un régime spécifique, la Haute Cour s'est vue contrainte de détourner le champ d'application des dispositions du droit commun des contrats pour lutter contre les clauses abusives. En s'appuyant sur l'ancien article 1131 du Code civil, qui ne s'applique pas spécifiquement au contrat d'adhésion mais bien à tout contrat⁵⁸⁹, la Cour de cassation parvient à rendre une décision favorable à l'adhérent et qui s'inscrit dans la dynamique contemporaine du droit des contrats. Cependant, il faut noter que sur la douzaine de commentaires rédigés à propos de cette décision, seuls trois auteurs font référence au contrat d'adhésion⁵⁹⁰.

L'absence de référence au contrat d'adhésion est, à nos yeux, toute aussi criante dans les écrits relatifs aux autres décisions rendues par la Haute Cour. Pourtant, l'arrêt *Huard*, rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 novembre 1992⁵⁹¹, concerne un contrat de distribution. Avant lui, l'arrêt *Expovit* avait traité à un contrat de travail⁵⁹². La Cour de cassation eut également à se prononcer sur un contrat de mandat commercial⁵⁹³, un contrat de concession⁵⁹⁴, un contrat de cautionnement bancaire⁵⁹⁵ ou

⁵⁸⁸ **LARROUMET (C.)**. « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.*, 1997, chron. p. 146.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ En plus des notes du professeur Larroumet et de M. Guéguen, M. Adom y fait également référence dans son commentaire « L'efficacité des clauses limitatives de responsabilité confrontée à la théorie de la cause », *JCP E*, mars 1997, n° 12, comm. 924, p. 49.

⁵⁹¹ Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ. IV*, n° 338 : *Deffrénois*, nov. 1993, n° 22, p. 1377, note J.-L. Aubert ; *D.*, mars 1995, n° 10, p. 85, note D. Ferrier ; *RTD civ.*, mars 1993, n° 1, p. 124, note J. Mestre ; *JCP G*, nov. 1993, n° 46, II, 22164, p. 469, note G. Virassamy.

⁵⁹² Cass. soc., 25 fév. 1992, n° 89-41.634, *Bull. civ. V*, n° 122 : *D.*, sept. 1992, n° 31, p. 294, note A. Lyon-Caen ; *RTD civ.*, déc. 1992, n° 4, p. 760, note J. Mestre.

⁵⁹³ Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ. IV*, n° 277 : *RTD civ.*, mars 1999, n° 3, p. 646, note P.-Y. Gautier ; *JCP G*, juin 1999, n° 23, I, 143, p. 1078, chron. C. Jamin ; *Deffrénois*, mars 1999, n° 6, p. 371, note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, mars 1999, n° 1, p. 98, note J. Mestre ; *JCP G*, déc. 1999, n° 48, II, 10210, p. 2151, note Y. Picod.

⁵⁹⁴ Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ. IV*, n° 113 : *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 152, note M. Béhar-Touchais (sur la motivation) ; *JCP G*, fév. 2003, n° 6, II, 10023, p. 247, note D. Mainguy (sur la motivation) ; *D.*, janv. 2003, n° 2, p. 93, note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, oct. 2002, n° 4, p. 810, note J. Mestre et B. Fages ; *Petites Affiches*, oct. 2002, n° 215, p. 5, note P. Mousseron (sur la motivation) ; *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 50, note P. Stoffel-Munck.

⁵⁹⁵ Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ. IV*, n° 188 : *D.*, avr. 1998, n° 16, p. 208, note J. Casey ; *JCP E*, oct. 1997, n° 44, II, 1007, p. 235, note D. Legeais ; *Deffrénois*, mars 1999, n° 6, p. 371, note D. Mazeaud ; *Petites affiches*, janv. 2000, n° 15, p. 12, note J. Raynaud.

encore un contrat de coffre-fort conclu auprès d'un établissement bancaire⁵⁹⁶. Tous ces contrats pouvaient se voir revêtir la qualification de contrat d'adhésion. Cependant, si la majorité de la doctrine relate l'essor significatif de la bonne foi – dont certains craignent qu'elle ne devienne la « bonne à tout faire »⁵⁹⁷ –, apprécie si le solidarisme a du « plomb dans l'aile »⁵⁹⁸ ou pas, ou essaie de concilier les différentes approches en parlant d'un « solidarisme modéré »⁵⁹⁹, aucun auteur ne fait allusion au contrat d'adhésion dans ses commentaires. Faut-il en conclure que le contrat d'adhésion n'est plus le contrat cible du solidarisme contractuel ? Malgré ce silence troublant, nous pouvons en douter.

84. *L'affirmation du lien entre contrat d'adhésion et solidarisme contractuel.*

Quelques années après la parution de l'article du professeur Lequette en 2008, le professeur

⁵⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ.* I, n° 190 : *D.*, août 2004, n° 29, p. 2150, note V. Avena-Robardet ; *RLDC*, sept. 2004, n° 8, p. 13, note S. Doireau ; *Dr. et patrimoine*, nov. 2004, n° 131, p. 81, note P. Chauvel ; *RTD civ.*, sept. 2004, n° 4, p. 749, note P.-Y. Gautier (sur la qualification du contrat) ; *Contrats, conc., consom.*, nov. 2004, n° 11, p. 17, comm. L. Leveneur ; *D.*, juill. 2005, n° 27, p. 1828, note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, janv. 2005, n° 1, p. 126, note J. Mestre et B. Fages ; *RDC*, avr. 2005, n° 2, p. 275, note P. Stoffel-Munck.

⁵⁹⁷ **AUBERT (J.-L.)**. « L'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Deffrénois*, nov. 1993, n° 22, p. 1378. En même temps qu'elle connaissait une expansion de son domaine, la bonne foi vit son étendue être limitée par la Cour de cassation. C'est ainsi que cette dernière écarta la bonne foi en validant la fixation unilatérale du prix par une banque pour la location de ses coffres-forts dès lors que le contrat de location pouvait être unilatéralement résilié par les deux parties (Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, préc. cité) ; limita l'application du principe de bonne foi à une relation contractuelle existante, laissant entendre que la bonne foi ne pouvait s'appliquer qu'en présence d'un contrat et non postérieurement (Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ.* III, n° 166 : *Lamy droit civil*, déc. 2005, n° 22, p. 10, note C. Le Gallou ; *JCP G*, déc. 2005, n° 50, II, 10173, p. 2313, note G. Loiseau ; *RTD civ.*, déc. 2005, n° 4, p. 776, note J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et patrimoine*, janv. 2006, n° 144, p. 87, note L. Aynès ; *Contrats, conc., consom.*, janv. 2006, n° 1, comm. 1, p. 10, comm. L. Leveneur ; *D.*, mars 2006, n° 11, p. 761, note D. Mazeaud ; *RDC*, avr. 2006, n° 3, p. 314, note Y.-M. Laithier) ; et balaya la bonne foi d'un revers de manche en décidant qu'un acquéreur, même professionnel, donc sachant, n'était tenu d'aucune obligation d'information à l'égard d'un vendeur profane qui avait toutes les possibilités, en l'espèce, pour se renseigner lui-même sur la valeur de son bien (Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ.* III, n° 5 : *JCP G*, mars 2007, n° 11, II, 10042, p. 41, note C. Jamin ; *Deffrénois*, mars 2007, n° 6, p. 443, note E. Savaux ; *D.*, avr. 2007, n° 15, p. 1051, note D. Mazeaud ; *D.*, avr. 2007, n° 15, p. 1054, note P. Stoffel-Munck ; *Contrats, conc., consom.*, mai 2007, n° 5, comm. 117, p. 13, comm. L. Leveneur ; *RTD civ.*, juin 2007, n° 2, p. 335, note J. Mestre et B. Fages ; *RDC*, juill. 2007, n° 3, p. 703, note Y.-M. Laithier). Le coup de frein sera donné dans l'arrêt *Les Maréchaux* du 10 juillet 2007 dans lequel la Cour de cassation, suite à un contrôle très lourd de la motivation de la Cour d'appel, estima que : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » (Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux* : *JCP G*, sept. 2007, n° 38, II, 10154, p. 23, note D. Houtcieff ; *Dr. et patrimoine*, sept. 2007, n° 162, p. 91, note P. Stoffel-Munck ; *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1107, note L. Aynès ; *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1110, note D. Mazeaud ; *Deffrénois*, oct. 2007, n° 20, p. 1454, note E. Savaux ; *D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; *JCP E*, nov. 2007, n° 46, 2394, p. 32, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; *D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2839, note P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.*, déc. 2007, n° 4, p. 773, note B. Fages ; *D.*, déc. 2007, n° 42, p. 2972, note B. Fauvarque-Cosson ; *Contrats, conc., consom.*, déc. 2007, n° 12, 294, p. 15, obs. L. Leveneur ; *Lamy droit civil*, fév. 2008, n° 46, p. 6, note P. Delebecque. V. égal. **CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.)**. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Paris : Dalloz, p. 173 ; **MAZEAUD (D.)**. « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée », *art. préc.*, p. 439).

⁵⁹⁸ **LEVENEUR (L.)**. « Le solidarisme contractuel a du plomb dans l'aile ! », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2002, n° 10, comm. 134, p. 13 c. **MAZEAUD (D.)**. « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », *D.*, janv. 2003, n° 2, p. 93.

⁵⁹⁹ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Solidarisme contractuel et contrat de distribution », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 155.

Mazeaud répond à la critique que l'auteur avait alors formulée. La jugeant quelque peu excessive, le professeur Mazeaud rappelle que le professeur Jamin avait, dès le départ, limité le champ d'application des idées solidaristes aux « contrats de sujétion », c'est-à-dire aux contrats inscrits dans la durée et qui ont pour vocation de mettre en rapport des parties de forces inégales⁶⁰⁰. Il est vrai que dans son « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel »⁶⁰¹, le professeur Jamin fait particulièrement cas des contrats de dépendance, idée qui sera également reprise par le professeur Mazeaud⁶⁰². Le professeur Jamin estime même que les contrats de dépendance composeraient un « nouvel ordre féodal »⁶⁰³ dans lequel les nouveaux vassaux seraient « des hommes libres en dépendance »⁶⁰⁴, à savoir des fournisseurs, des franchisés ou encore des concessionnaires. Or, le professeur Jamin, en décrivant ce « ... nouvel ordre féodal », mentionne le contrat d'adhésion comme base de cette nouvelle organisation⁶⁰⁵. Et pour cause, que sont la plupart des contrats de dépendance, si ce n'est des contrats d'adhésion⁶⁰⁶ ? Quel est le contrat qui permet à une partie de détenir une liberté unilatérale ? Et quel contrat met en rapport deux parties aux forces inégales ?

Le professeur Jamin maintiendra sa position et fera de nouveau référence au contrat d'adhésion dans sa note⁶⁰⁷ relative à l'arrêt *Maçda* rendu le 15 janvier 2002 par la Cour de

⁶⁰⁰ **MAZEAUD (D.)**. « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, op. cit.*, p. 917, n° 15.

⁶⁰¹ **JAMIN (C.)**. « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 468. Le professeur Jamin explique la raison de ce choix dans un article paru en 2017 (v. « Notations sur le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 443). Alors que les regards étaient principalement tournés vers les rapports entre consommateurs et professionnels, peu de cas était fait des relations entre particuliers, et surtout des contrats conclus entre professionnels. Or, comme l'avait soutenu le professeur Mazeaud, « les professionnels sont des consommateurs comme les autres » et ne sont pas immunisés contre les déséquilibres contractuels excessifs en raison de la situation de faiblesse dans laquelle ils peuvent se trouver et qui se traduit notamment par un rapport de dépendance (**MAZEAUD (D.)**. « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 519, n° 4). En ne s'intéressant qu'aux consommateurs, le droit accordait une protection discriminatoire (*ibid.*, p. 524, n° 12). Partant, les contrats de dépendance, normalement conclus entre deux contractants censés être sur un même pied d'égalité, ont été pris pour exemple par les solidaristes parce qu'ils pouvaient justement donner lieu à un rapport de force inégal dont les conséquences désastreuses pour l'une des parties n'étaient pas prises en compte par le droit.

⁶⁰² **MAZEAUD (D.)**. « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *art. préc.*, p. 918, n° 15.

⁶⁰³ **JAMIN (C.)**. « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 468.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.* V. égal. **KESSLER (F.)**. « Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract », *art. préc.*, p. 640-641.

⁶⁰⁶ **VIRASSAMY (G.)**. *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, pré. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1986, p. 132, n° 183. V. *infra* n° 321.

⁶⁰⁷ **JAMIN (C.)**. « Caractérisation de l'abus dans la détermination unilatérale des conditions de vente d'un concessionnaire », *JCP G*, oct. 2002, n° 41, II, 10157, p. 1812.

cassation⁶⁰⁸. Il est d'ailleurs le seul à y avoir fait référence. Le litige opposait un concessionnaire et son concédant, en l'occurrence Mazda, à qui il était reproché d'avoir refusé de déroger à la clause d'exclusivité en interdisant à son concessionnaire de vendre des voitures de la marque Daewoo. Le concédant avait pourtant parfaitement connaissance de la situation économique particulièrement difficile dans laquelle se trouvait son concessionnaire. De fil en aiguille, ce dernier a, en effet, rencontré de graves difficultés financières conduisant à sa liquidation judiciaire. L'arrêt *Mazda* s'inscrit dans le prolongement des arrêts du 1^{er} décembre 1995⁶⁰⁹ relatifs à la fixation unilatérale du prix qui s'inscriraient dans la pensée solidariste⁶¹⁰. La Cour de cassation va cependant plus loin que les arrêts de 1995 puisqu'elle sanctionne un abus non pas dans la fixation du prix mais dans la gestion de la politique commerciale en générale. La bonne foi fait alors office de contrepoids à l'unilatéralisme surtout, qu'en l'espèce, et l'on peut imaginer que cette circonstance ait influencé la Haute Cour à avaliser la décision de la Cour d'appel, les actionnaires de Mazda avaient reçu des dividendes très généreux dont la somme, mise bout à bout, aurait largement contribué à aider les concessionnaires de Mazda en difficulté.

Cet arrêt a fait l'objet de vives critiques, étant perçu comme poussant un peu trop loin la solidarité entre cocontractants. Cependant, en raison de son « marquage » très limité⁶¹¹, et du contrôle très léger de la motivation des juges d'appel par la Cour de cassation, le professeur Jamin n'est pas tout à fait certain que la Haute Cour ait repris à son compte les idées solidaristes⁶¹². Selon lui, la solution n'est « ni provocatrice, ni même réellement novatrice »⁶¹³. Reste que l'arrêt s'inscrit dans le débat opposant « les tenants du

⁶⁰⁸ Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, inédit, arrêt *Mazda* : JCP G, oct. 2002, n° 41, II, 10157, p. 1812, comm. C. Jamin ; *Contrats, conc., consom.*, juin 2002, n° 6, 94, comm. M. Malaurie-Vignal ; *D.*, oct. 2002, n° 37, p. 2841, note D. Mazeaud ; *RTD civ.*, juin 2002, n° 2, p. 294, note J. Mestre et B. Fages ; *Comm., com. élec.*, avr. 2002, n° 4, 61, comm. P. Stoffel-Munck ; *D.*, juin 2002, n° 24, p. 1974, note P. Stoffel-Munck.

⁶⁰⁹ Cass. Ass. Plé., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A.P.*, n° 9 ; n° 91-15.999, *Bull. A.P.*, n° 7 ; n° 91-19.653, *Bull. A.P.*, n° 8 ; n° 91-15.578, *Bull. A.P.*, n° 7.

⁶¹⁰ **LEVENEUR (L.)**. « Le solidarisme contractuel : un mythe », *art. préc.*, p. 189. ; **REVET (T.)**. « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.), Paris : Economica, 1999, p. 36 et s. : ces arrêts ont été rendus au visa des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil ne posent pas un principe général de fixation unilatérale du prix mais reconnaissent la validité des clauses de fixation unilatérale. Cependant, l'auteur du prix doit prendre en compte l'intérêt de l'autre partie. Il doit faire preuve de bonne foi dans la fixation du prix et ne pas abuser abusivement de son pouvoir unilatéral. A défaut, il sera sanctionné par le juge puisque la Cour de cassation reconnaît un mécanisme de contrôle judiciaire de l'abus dans la fixation du prix.

⁶¹¹ A ce propos, le professeur Jamin précise que « la mention "F-D" signifie qu'il a été rendu par une formation restreinte et qu'il constitue un arrêt d'espèce ».

⁶¹² **JAMIN (C.)**. « Caractérisation de l'abus dans la détermination unilatérale des conditions de vente d'un concessionnaire », *art. préc.*, p. 1814.

⁶¹³ *Ibid.*

volontarisme aux défenseurs de la justice commutative »⁶¹⁴. Le professeur Jamin reprend en quelques phrases les termes du débat expliquant comment « la question ouvrière, puis la montée en puissance de la société de consommation »⁶¹⁵ a remis en cause le sacro-saint principe de l'autonomie de la volonté. Aux yeux de nombreux juristes, la fiction d'une rencontre de deux volontés libres et égales ne pouvait plus convaincre « face à un très rude démenti des faits, c'est-à-dire aux effets produits par la standardisation de conventions aux contenus très fortement déséquilibrés conclues le plus souvent par le biais d'une simple adhésion »⁶¹⁶. Le professeur Jamin souligne ensuite que ces juristes ont souvent cantonné leur critique au droit du travail et au droit de la consommation. Ainsi, au nom d'une « prétendue intégrité du droit civil »⁶¹⁷, les autres branches du droit ont été épargnées. Les contrats de longue durée, fondés sur des rapports de domination, et dont l'organisation s'apparente à une logique institutionnelle, ont donc été exclus de cette analyse jusqu'à cette décision de la Cour de cassation.

Même si la portée de l'arrêt est toute relative, la Haute Cour opère tout de même un contrôle sur la solution de la Cour d'appel, fut-il léger, qu'elle décide de ne pas censurer. Dès lors, le professeur Jamin estime qu' : « en 1898, l'inventeur du concept de contrat d'adhésion l'avait appliqué aux dommages issus des relations de travail. Peut-être faudrait-il aujourd'hui l'étendre un peu plus nettement à ce que les économistes nomment des “hybrides” et certains juristes des “contrats de dépendance” »⁶¹⁸. Or, comme nous l'avons souligné précédemment, les contrats de dépendance ont déjà reçu une telle qualification et sont, dans la majeure partie des cas, des contrats d'adhésion. Il semblerait que le professeur Jamin, en mettant au centre de l'analyse solidariste les contrats de dépendance, suggère à nouveau d'axer la raison d'être de cette doctrine sur le contrat d'adhésion.

85. La confirmation du lien entre contrat d'adhésion et solidarisme contractuel.

L'étroitesse du lien existant entre solidarisme et contrat d'adhésion est d'autant plus confortée que, bien des années plus tard, dans son article paru en 2017, le professeur Jamin constate que la réforme du droit des contrats a absorbé des instruments du solidarisme

⁶¹⁴ JAMIN (C.). « Caractérisation de l'abus dans la détermination unilatérale des conditions de vente d'un concessionnaire », *art. préc.*, p. 1814.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ *Ibid.*

contractuel⁶¹⁹. D'emblée, il nous faut noter que l'absorption de la doctrine solidariste n'est pas totale, la place laissée aux différentes manifestations du solidarisme n'étant pas exclusive⁶²⁰. La réforme du droit des contrats est toute en demi-teinte. Elle maintient une conception classique du contrat⁶²¹ tout en entretenant une certaine ambivalence entre une appréhension abstraite de la relation contractuelle et une compréhension plus concrète du lien qui unit les parties. Néanmoins, cette ambiguïté de la réforme accorde à la doctrine solidariste l'opportunité d'embrasser son plein potentiel à travers des dispositions tendant à la réalisation de l'équilibre contractuel⁶²². Outre l'insertion de l'obligation précontractuelle d'information, du vice de violence économique ou encore de la limitation de l'exécution en nature, le professeur Jamin souligne deux choses qui l'ont particulièrement marqué dans cet avènement, aussi relatif soit-il, du solidarisme. En plus de la bonne foi, devenue principe liminaire du droit des contrats, l'auteur relève l'intégration du contrat d'adhésion au sein du Code civil, avec toutes les conséquences que cela peut avoir⁶²³. L'on comprend ici que le contrat d'adhésion est un instrument du solidarisme contractuel en ce qu'il met en œuvre des outils destinés à rééquilibrer le contenu du contrat grâce à une plus grande intervention du juge. Il ne fait donc pas de doute que le contrat d'adhésion est l'expression d'un courant philosophique qui a marqué, et marque encore, l'histoire du droit des contrats. Dès lors, il peut nous sembler surprenant que si peu d'auteurs, dans leurs écrits, fassent le lien entre le solidarisme contractuel contemporain et le contrat d'adhésion⁶²⁴.

86. Le constat est tout aussi désarmant dans l'analyse de la pratique contractuelle. Le contrat d'adhésion ne se résume qu'à être une qualification implicite des règles destinées à protéger de façon effective la partie vulnérable au contrat.

⁶¹⁹ **JAMIN (C.)**. « Notations sur la solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 444.

⁶²⁰ **COURDIER-CUISINIER (A.-S.)**. « La réforme du droit des contrats a-t-elle sonné le glas du solidarisme contractuel ? », in *Droit sans frontières : mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, Paris : LexisNexis, 2018, p. 635.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 619-620.

⁶²² *Ibid.*, p. 623.

⁶²³ **JAMIN (C.)**. « Notations sur la solidarisme contractuel », *art. préc.*, p. 444-445.

⁶²⁴ Nous avons relevé qu'à l'inverse du professeur Jamin, Mme Courdier-Cuisinier, dans l'article précédemment cité, ne mentionne pas le contrat d'adhésion comme manifestation du solidarisme contractuel au sein de la réforme du droit des contrats.

B. Le contrat d'adhésion, qualification implicite des règles protectrices du droit spécial des contrats

87. Nous avons conscience que le contrat d'adhésion a motivé l'adoption de lois ou de décisions jurisprudentielles phares dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Nous pensons, plus particulièrement, à l'abus de dépendance du droit des pratiques restrictives de concurrence⁶²⁵ et son lien avec la violence économique du droit commun des contrats⁶²⁶, les deux se rencontrant sur une pierre d'achoppement : la question du consentement dans les contrats déséquilibrés⁶²⁷. Les règles qui y ont trait sont tout autant révélatrices de l'influence indirecte du contrat d'adhésion sur l'évolution du droit des contrats⁶²⁸. Cependant, elles ne sont pas intimement liées à la question du contrat d'adhésion. C'est pourquoi nous avons fait le choix de concentrer notre propos sur l'une des manifestations les plus éclatantes des conséquences du contrat d'adhésion, si ce n'est la plus flagrante : la lutte contre les clauses abusives.

Que ce soit en droit de la consommation (1.) ou en droit des pratiques restrictives de concurrence (2.), le contrat d'adhésion est le principal instigateur de règles ou de

⁶²⁵ Art. L. 420-2 C. com. : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

⁶²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 169 : *D.*, déc. 2000, n° 43, p. 879, note J.-P. Chazal ; *Deffrénois*, oct. 2000, n° 19, p. 1124, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.*, oct.-déc. 2000, n° 4, p. 863, note P.-Y. Gautier ; *Contrats, conc., consom.*, oct. 2000, n° 10, p. 13, comm. L. Leveneur ; *JCP G*, janv. 2001, n° 4, II, 10461, p. 195, note G. Loiseau ; *D.*, avr. 2001, n° 14, p. 1140, obs. D. Mazeaud ; *JCP E*, mars 2001, n° 13, p. 571, note E. Secnazi ; *Petites Affiches*, nov. 2000, n° 233, p. 18, note S. Szames.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108 : *Petites Affiches*, août 2006, n° 170, p. 6, note I. Beyneix ; *D.*, juin 2002, n° 23, p. 1860, note J.-P. Gridel ; *Contrats, conc., consom.*, sept. 2002, n°s 8-9, p. 18, comm. L. Leveneur ; *Dr. et patrimoine*, sept. 2002, n° 107, p. 26, note G. Loiseau ; *D.*, oct. 2002, n° 37, p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, juill.-sept. 2002, n° 3, p. 502, chron. J. Mestre et B. Fages ; *Gaz. Pal.*, janv.-fév. 2003, n° 24, p. 18, note J. Rovinski ; *Deffrénois*, oct. 2002, n° 19, p. 1246, obs. E. Savaux ; *JCP G*, nov. 2002, n° 48, I, 184, p. 2114, chron. G. Virassamy.

V. égal. **EDELMAN (B.)**. « De la liberté et de la violence économique », *D.*, août 2001, n° 29, p. 2315 ; **LAITHIER (Y.-M.)**. « Remarques sur les conditions de la violence économique », *Petites Affiches*, nov. 2004, n° 233, p. 6 et « Remarques sur les conditions de la violence économique (suite et fin) », *Petites Affiches*, nov. 2004, n° 234, p. 5 ; **MEKKI (M.)**. « L'abus de dépendance (art. 1143 C. civ.) », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles : Larcier, 2021, p. 474 ; **NOURISSAT (C.)**. « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.*, juin 2000, n° 23, p. 369 ; **REVET (T.)**. « La "violence économique" dans la jurisprudence », in *La violence économique*, PICOD (Y.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2017, p. 11.

⁶²⁷ V. spéc. **DORANDEU (N.)**. « Violence économique et droit de la concurrence », in *La violence économique, op. cit.*, p. 65 ; **MONTELS (B.)**. « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.*, juill.-sept. 2002, n° 3, p. 417 ; **VALETTE-ERCOLE (V.)**. « Violence économique et pratiques commerciales agressives », in *La violence économique, op. cit.*, p. 85.

⁶²⁸ **MAZEAUD (D.)**. « Observations finales », *art. préc.*, p. 91, n° 18.

décisions destinées à favoriser la lutte contre les clauses abusives. Cependant, sa légalisation est loin d'être totale puisqu'il demeure dans l'ombre de ces nouvelles mesures.

1. Le cas du droit de la consommation

88. *Le contrat d'adhésion, une « qualification ignorée » ?* « Même si certains auteurs considèrent que “le contrat de consommation est assurément l'archétype du contrat d'adhésion”, le fait est que la qualification de contrat d'adhésion n'est pas un critère déterminant d'application du droit de la consommation en droit français »⁶²⁹. En effet, le droit de la consommation ne limite pas son champ d'application au seul contrat d'adhésion mais encadre tous les contrats, qu'ils aient été négociés ou non. En ce sens, l'article L. 212-1 du Code de la consommation lutte contre les clauses abusives qui auraient été insérées aussi bien dans un contrat de gré à gré qu'un contrat d'adhésion. Contrairement à l'approche européenne, le droit français de la consommation protège tous les consommateurs de façon identique. Dès lors, aux yeux du droit français de la consommation, « le contrat d'adhésion n'est pas un instrument permettant d'assurer une protection suffisante du consommateur »⁶³⁰. Est-ce pour autant une « qualification ignorée »⁶³¹ ? Nous pouvons en douter. La qualification de contrat d'adhésion existe bel et bien, mais de manière sous-jacente. Son évincement du droit de la consommation s'explique non seulement pour des raisons de politiques juridiques, mais aussi pour des motifs d'ordre notionnel.

89. *L'évincement du contrat d'adhésion par la loi de 1978.* Les débats législatifs entourant l'adoption de la loi de 1978⁶³², et notamment de ce qui deviendra son article 35⁶³³,

⁶²⁹ CHANTEPIE (G.). « Les virtualités du contrat d'adhésion », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, *op. cit.*, p. 146.

⁶³⁰ MARTIN (A.-C.). « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 129, n° 7.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 129, n° 4.

⁶³² L. n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁶³³ Art. 35 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif./De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites./Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies./Les professionnels vendeurs ou

fait état d'un désaccord entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Ce dernier encourage le gouvernement à l'origine du projet de loi « de ne pas reculer devant le terme de contrat d'adhésion et d'en donner une définition »⁶³⁴. Au texte gouvernemental qui définit le contrat d'adhésion comme une « convention conclue entre un consommateur et un professionnel sur un modèle habituellement proposé par ce dernier et que le consommateur ne peut en fait modifier », le Sénat propose d'y ajouter un autre critère qu'il juge essentiel qui est l'absence de débat préalable⁶³⁵. Ainsi, le dispositif de lutte contre les clauses abusives serait limité au contrat d'adhésion. Cette proposition sera rejetée en première lecture par l'Assemblée nationale pour des raisons techniques mais aussi parce que « la notion de contrat d'adhésion, les juristes vous le diront, n'est pas d'une extrême précision »⁶³⁶. Le député Jean Foyer s'interroge : « Qu'est-ce qu'un contrat d'adhésion en matière de consommation ? Et qu'est-ce que le support d'un contrat d'adhésion en matière de consommation ? »⁶³⁷. Sans pour autant nier le fait que la plupart des clauses abusives se trouvent dans des contrats d'adhésion, l'Assemblée nationale raye d'un trait de plume la notion proposée. Cela ne décourage pas pour autant les sénateurs qui vont réintroduire la notion dans le projet⁶³⁸. Une insistance qui sera de nouveau balayée d'un revers de manche par la Commission mixte paritaire, puis l'Assemblée nationale⁶³⁹.

Ainsi, « cette petite guerre autour du mot est révélatrice des difficultés persistantes que soulève la notion »⁶⁴⁰. Si la terminologie fait débat, une certaine doctrine de l'époque n'hésite cependant pas à affirmer « que le droit de la consommation est avant tout le droit des contrats d'adhésion passés par les consommateurs »⁶⁴¹. Ceci dit, et outre cette remarque, l'absence de référence au contrat d'adhésion à l'article 35 n'aura pas fait couler beaucoup

prestataires de services doivent remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement./Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'information du contractant non-professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa ».

⁶³⁴ **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 *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, p. 98.

⁶³⁵ Sénat, débats du 13 oct. 1977, J.O. du 14 oct. 1977, p. 2315.

⁶³⁶ Ass. Nat., débats du 8 déc. 1977, deuxième séance, J.O. du 9 déc. 1977, p. 8466.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ Sénat, débats du 18 déc. 1977, J.O. du 19 déc. 1977, p. 4216.

⁶³⁹ **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 », *art. préc.*, p. 99.

⁶⁴⁰ *Ibid.* ; **GRIDEL (J.-P.)**. « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », *D.*, janv. 1984, n° 1, p. 153.

⁶⁴¹ **MALINVAUD (P.)**. « La protection des consommateurs », *D.*, janv. 1981, p. 50, n° 3.

d'encre. Pourtant, nous ne pouvons nous empêcher de penser que le contrat d'adhésion avait déjà fait l'objet de travaux doctrinaux plus poussés depuis sa création par Raymond Saleilles, avec notamment la parution de la thèse de George Berlioz en 1973⁶⁴², soit quelques années avant l'adoption de la loi de 1978.

90. Un espoir européen pour le contrat d'adhésion. Après avoir été encore une fois passé sous silence dans la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs⁶⁴³, l'adoption de la directive européenne de 1993⁶⁴⁴ a suscité un nouvel espoir pour le contrat d'adhésion. En effet, la directive, qui a pour principal objectif l'établissement et l'efficacité du marché intérieur, assure une protection des consommateurs contre les abus de puissance, notamment dans les contrats d'adhésion. Son article 3, consacrant la lutte contre les clauses abusives, limite ladite lutte au contrat d'adhésion et donne une définition de ce dernier : « Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ».

Ce nouvel espoir est entretenu par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 janvier 1994⁶⁴⁵. Après avoir réalisé un véritable coup d'état jurisprudentiel⁶⁴⁶, autorisant expressément, et sans ambiguïté, les juges à qualifier une clause d'abusives même en

⁶⁴² **BERLIOZ (G.)**, *Le contrat d'adhésion*, préf. GOLDMAN (B.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1973.

⁶⁴³ **HUET (J.)**. « Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs) », *JCP G*, 1992, n° 25, I, doct. 3592, p. 271 : l'article 9 de cette loi disposait que : « Le juge peut déclarer non écrite une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, de résolution ou de reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent comme imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». En plus de ne pas faire référence au contrat d'adhésion, l'article 9 fut malheureusement retiré de la loi au dernier moment. Le professeur Huet se pose donc la question suivante : la loi avait-elle pour objectif de renforcer la protection des consommateurs ou voulait-elle simplement remodeler « les modalités de la guerre commerciale entre fournisseurs de biens ou de services » (p. 272) ?

⁶⁴⁴ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Pour une présentation générale de la directive, v. **TROCHU (M.)**. « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *D.*, 1993, chron. p. 315.

⁶⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994, n° 91-19.424, *Bull. civ.* I, n° 8 : *Defrénois*, juin 1994, n° 11, p. 821, note P. Delebecque ; *RTD civ.*, sept. 1994, n° 3, p. 601, note J. Mestre ; *JCP G*, avr. 1994, n° 13, II, 22237, note G. Paisant.

⁶⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ.* I, n° 153 : *Defrénois*, mars 1991, n° 6, p. 366, note J.-L. Aubert ; *D.*, sept. 1991, n° 32, p. 449, note J. Ghestin ; *RTD civ.*, sept. 1991, n° 3, p. 526, note J. Mestre ; *JCP G*, nov. 1991, n° 48, II, 21763, p. 416, note G. Paisant.

l'absence de tout décret d'interdiction comme cela était prévu par la loi de 1978⁶⁴⁷, la Haute Cour va plus loin en associant le contrat d'adhésion à la lutte contre les clauses abusives. En opérant un contrôle lourd de la motivation des juges d'appel, les hauts magistrats décident que : « l'arrêt attaqué a relevé que les clauses litigieuses étaient insérées dans des contrats-types habituellement proposés par la Diac aux consommateurs ; que la cour d'appel, qui a, par la même, considéré que ces contrats étaient des contrats d'adhésion imposés aux consommateurs par un abus de puissance économique de cette société, a légalement justifié sa décision [...] ». L'on comprend, dès lors, que la Cour de cassation part du principe que « le contrat d'adhésion postule l'abus de puissance économique du professionnel qui y recourt dans ses relations avec les consommateurs »⁶⁴⁸. Si l'on peut y voir avant tout une question de preuve destinée à faciliter la démonstration de l'abus de puissance économique⁶⁴⁹, l'on ne peut s'empêcher de penser que la Haute Cour a été inspirée par l'article 3 de la directive européenne de 1993⁶⁵⁰.

91. Le rejet du contrat d'adhésion par la loi de 1995. Cette porte laissée ouverte par la Cour de cassation sera rapidement fermée par l'adoption de la loi du 1^{er} février 1995⁶⁵¹ qui vient transposer ladite directive en droit français⁶⁵². En première lecture, alors qu'est discutée la transposition de la règle concernant la lutte contre les clauses abusives, le rapporteur au Sénat fait le choix de suivre le gouvernement et de ne pas retenir la notion de contrat d'adhésion malgré l'amendement du sénateur Lambert qui souhaitait que l'article 3 de la directive soit repris tel quel⁶⁵³. Le rapporteur justifie cette décision de la façon suivante : « Le gouvernement a choisi – à raison – de ne pas diminuer la protection des

⁶⁴⁷ **GHESTIN (J.)**. « Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives », *D.*, sept. 1991, n° 32, p. 450, n° 3.

⁶⁴⁸ **PAISANT (G.)**. *JCP G*, avr. 1994, n° 13, II, 22237, p. 132. *Contra* **DELEBECQUE (P.)**. « Où est donc passée la liberté contractuelle ? », *Deffrénois*, juin 1994, n° 11, p. 821.

⁶⁴⁹ **PAISANT (G.)**. *Ibid.*

⁶⁵⁰ **MESTRE (J.)**. « Le droit pour une association agréée de consommateurs d'obtenir en justice la suppression de clauses abusives, y compris par voie d'intervention », *RTD civ.*, sept. 1994, n° 3, p. 602.

⁶⁵¹ L. n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

⁶⁵² **GHESTIN (J.)**, **MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.)**. « 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 », *JCP G*, 1995, n° 25, I, doct. 3854, p. 277, n° 6 : « La loi française, dans sa version de 1978 comme dans celle de 1995, s'applique à tous les contrats [...] ».

⁶⁵³ Sénat, débats du 15 nov. 1994, J.O. du 16 nov. 1994, p. 5566 : « Dans ses articles 2 et 3, la directive du 5 avril 1993 prévoit que les contrats visés sont ceux qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Or, puisque le présent projet de loi vise à opérer la transposition de cette directive, cette limitation me semble devoir figurer dans notre législation interne. Lorsque le contrat fait l'objet d'une négociation individuelle, on peut estimer que le contractant non professionnel a les moyens et le temps d'étudier préalablement les clauses du projet de contrat en se faisant, s'il y a lieu, assister d'un conseil ».

consommateurs à l'occasion de la transposition de la directive de 1993 et, en conséquence, de viser non seulement les contrats d'adhésion mais aussi les contrats librement négociés »⁶⁵⁴. Lors de sa première lecture du projet de loi, l'Assemblée nationale ne revient pas sur la question de l'insertion, ou non, du contrat d'adhésion qui est totalement occulté⁶⁵⁵. Les deux assemblées parlementaires partageront la même opinion en deuxième lecture du projet car ni l'une, ni l'autre ne fera référence au contrat d'adhésion⁶⁵⁶. Les consommateurs français se voient donc offrir une protection plus large que celle proposée par la directive européenne. Si la loi de 1995 se veut plus favorable aux consommateurs, le rejet de la notion de contrat d'adhésion s'explique, encore une fois, peut-être, pour des raisons tenant à la notion même. M. Gelot souligne, en ce sens, quelque chose d'intéressant : « Pour éviter toute controverse sur la distinction entre contrat d'adhésion et contrat négocié, le législateur français a préféré soumettre la totalité des documents contractuels, sans distinction de formes, au crible des clauses abusives [...] »⁶⁵⁷. De quelle controverse s'agit-il exactement ? Nous pouvons imaginer qu'elle renvoie à une définition encore instable de la notion de contrat d'adhésion, à une qualification qui n'est pas encore arrêtée – le sera-t-elle un jour ? –, partant, à une réflexion doctrinale qui peut donner l'impression d'être tâtonnante.

92. Une qualification demeurant, toutefois, indicielle. Aux yeux du professeur Mazeaud, « il convient de se féliciter de ce parti pris par le législateur français car, pas plus que “l'adhésion d'une partie à la volonté de l'autre ne saurait en elle-même invalider une stipulation”, la négociation individuelle d'une clause ne doit, à elle seule, lui conférer une immunité »⁶⁵⁸. Ce qui compte, au final, ce n'est pas la façon dont a été adoptée la clause mais « l'influence néfaste »⁶⁵⁹ de cette dernière sur l'équilibre du contrat. *A contrario*, le professeur Paisant affirme qu' : « il n'empêche qu'en pratique le domaine privilégié des

⁶⁵⁴ Sénat, débats du 15 nov. 1994, J.O. du 16 nov. 1994, p. 5566.

⁶⁵⁵ Ass. Nat., débats du 10 janv. 1995, première séance, p. 2.

⁶⁵⁶ Sénat, débats du 17 janv. 1995, J.O. du 18 janv. 1995, p. 449 ; Ass. Nat., débats du 17 janv. 1995, troisième séance p. 2.

⁶⁵⁷ **GELOT (B.)**. « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Deffrénois*, oct. 1995, n° 20, p. 1203.

⁶⁵⁸ **MAZEAUD (D.)**. « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformatte ? », *Dr. et patrimoine*, juin 1995, n° 28, p. 46, n° 17. V. égal. sur cette idée : **LAGARDE (X.)**. « Observations de Xavier Lagarde », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 75 : « De fait, la protection des parties faibles requiert de lutter contre les pratiques, quelque forme qu'elles prennent, par lesquelles les parties fortes imposent des solutions déséquilibrées aux “parties faibles”. Le gré à gré n'est jamais une garantie contre l'abus pas plus que l'adhésion ne permet de présumer celui-ci [...] ».

⁶⁵⁹ **MAZEAUD (D.)**. *Ibid.*, p. 47, n° 17.

clauses abusives sera toujours celui des contrats d'adhésion parce que les risques d'un "déséquilibre significatif" entre les obligations des parties sont toujours moindres dans un contrat librement négocié »⁶⁶⁰. Le professeur Testu renchérit : « la jurisprudence ne se départira probablement pas de l'analyse faite en 1994, en ce sens que l'absence de négociation sera toujours interprétée comme un élément de nature à faire peser la suspicion sur le comportement du professionnel. Or, les clauses préédigées font présumer l'absence de négociation, comme le dit la directive (art. 3.2) »⁶⁶¹. Tout n'est donc pas perdu pour le contrat d'adhésion qui demeure le principal indice du déséquilibre significatif bien qu'il ne soit pas directement appréhendé par le droit de la consommation. Au final, la place secondaire octroyée par cette branche du droit au contrat d'adhésion peut s'expliquer par le simple fait que le contrat d'adhésion y « fait figure de modèle »⁶⁶². Comme l'explique Madame Martin, « si le droit de la consommation ignore le contrat d'adhésion, c'est parce qu'il le considère comme banal. Le contrat de consommation est en effet un contrat de masse et, à ce titre, le droit de la consommation lui réserve un traitement de masse »⁶⁶³. Qui plus est, l'inégalité structurelle est inhérente à la relation consommateur/professionnel⁶⁶⁴. Le déséquilibre qui caractérise le contrat de consommation est presque naturel. Le contrat d'adhésion est donc nullement méprisé par le droit de la consommation. S'il semble être occulté, il n'en reste pas moins présent de façon indicielle. Il demeure un élément du contexte qui fera pencher la balance en faveur du consommateur.

Nous pouvons comprendre le souhait du législateur de ne pas limiter la protection qu'offre le droit de la consommation au seul contrat d'adhésion. L'objectif de cette branche du droit est de protéger tous les consommateurs, même ceux qui auraient eu la possibilité de négocier leur contrat. Face à un professionnel, leurs intérêts peuvent être à risque.

⁶⁶⁰ **PAISANT (G.)**. « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.*, janv. 1995, p. 102, n° 20. V. égal. du même auteur : « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G*, juin 1994, n° 25, I, doct. 3772, p. 302-303 : « Mais alors que la directive ne parle que des contrats "n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle" (art. 3), une telle limitation ne paraît nullement devoir s'imposer même s'il est bien évident qu'en pratique c'est presque toujours dans des contrats d'adhésion que les consommateurs ont à se plaindre de clauses abusives ».

⁶⁶¹ **TESTU (F.-X.)**. « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995) », *D. affaires*, mars 1996, n° 13, p. 374, n° 10.

⁶⁶² **MARTIN (A.-C.)**. « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *art. préc.*, p. 128, n° 3.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 129, n° 4.

⁶⁶⁴ **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, p. 41 et s.

En effet, le consommateur, même sachant, reste un profane vis-à-vis du professionnel qui, sans forcément masquer son abus de pouvoir, pourrait insérer une clause abusive dans le contrat. Nous comprenons d'autant plus la position du législateur de cette époque en ce que le droit de la consommation devait alors contrebalancer un droit commun des contrats encore classique et de plus en plus décalé avec la réalité socio-économique. Le droit de la consommation avait donc pour ambition de tendre vers une plus grande justice contractuelle. Il faut reconnaître qu'il est parvenu à le faire sans avoir eu directement recours au contrat d'adhésion. Ceci dit, nous pouvons penser qu'une référence directe au contrat d'adhésion aurait sans doute eu plus de poids dans le récit contractuel, comme cela est désormais le cas pour le droit commun des contrats.

2. Le cas du droit des pratiques restrictives de concurrence

93. *L'exclusion volontaire du contrat d'adhésion dans la loi de 2008.* L'approche est différente en droit des pratiques restrictives de concurrence qui, bien qu'il ne soit pas hermétique à l'exigence contemporaine de justice contractuelle, encadre des rapports formés entre deux professionnels, c'est-à-dire entre deux parties normalement sachantes. Dès lors, « en droit de la concurrence, le contrat d'adhésion fait cette fois figure d'anti-modèle »⁶⁶⁵. Le contrat de gré à gré serait, quant à lui, la référence⁶⁶⁶. Ainsi, l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, aujourd'hui l'article L. 442-1, I, 2°, ne cherche pas à lutter contre des clauses abusives insérées dans un contrat d'adhésion mais vise à sanctionner un déséquilibre significatif qui résulterait d'un processus de négociation qui ne se serait pas correctement déroulé. En effet, l'ancien article L. 442-6, I, 2°, issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008⁶⁶⁷, avait pour objectif d'inciter les professionnels à mener une négociation de leur contrat la plus égalitaire possible pour justement éviter les diverses sanctions prévues à l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. De façon générale, la loi du 4 août 2008 avait pour ambition de donner plus de souplesse aux professionnels dans la tenue de leur négociation et d'assurer une plus grande

⁶⁶⁵ MARTIN (A.-C.). « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *art. préc.*, p. 131, n° 12.

⁶⁶⁶ *Ibid.* ; UTZSCHNEIDER (Y.), LAMOTHE (A.). « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1266.

⁶⁶⁷ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

liberté contractuelle. En supprimant les anciens principes de discrimination, cette loi souhaitait accorder aux professionnels une plus grande marge de manœuvre⁶⁶⁸.

Partant, c'est sans grande surprise que l'on constate l'absence de toute référence au contrat d'adhésion. Des différentes séances parlementaires donnant lieu à l'adoption de la loi de 2008, nulle mention n'est faite du contrat d'adhésion⁶⁶⁹. Il en va de même de la doctrine qui, préoccupée par l'interprétation à donner au « déséquilibre significatif » et son rapport avec son homologue du droit de la consommation, ne fait aucune allusion au contrat d'adhésion et ne s'interroge pas sur le bien-fondé, ou non, de son absence⁶⁷⁰. Contrairement au contrat de consommation, la situation est plus complexe et subtile dans les contrats conclus entre les professionnels⁶⁷¹. En effet, l'inégalité structurelle est loin d'être inhérente à la relation contractuelle normalement fondée sur un rapport d'égalité. Pourtant, les contrats de distribution, principales cibles de l'ancien article L. 442-6, I, 2° sont, pour la plus grande majorité des cas, des contrats d'adhésion. Il est tout à fait envisageable, dans des contrats censés être négociables, que l'une des parties ait vu son consentement être forcé et n'ait pas pu faire autrement que d'accepter les termes du contrat s'il souhaitait être intégré dans un réseau et bénéficier des avantages de la relation contractuelle. Partant, la négociation n'est pas totalement libre et les parties, pas complètement égales. A l'instar du

⁶⁶⁸ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1258 ; **LUCAS DE LEYSSAC (C.), CHAGNY (M.)**. « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1268 ; **MALAUURIE-VIGNAL (M.)**. « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2008, n° 10, p. 28 ; **MALAUURIE-VIGNAL (M.)**. « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc., consom.*, nov. 2008, n° 11, p. 12 ; **MALAUURIE-VIGNAL (M.)**. « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *Contrats, conc., consom.*, juill. 2015, n° 7, p. 12, n° 12 : « Le contrôle exercé par le juge jusque devant la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif est un contrôle de la négociation contractuelle. On rappelle, en effet, que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a été introduit dans notre droit par la loi du 4 août 2008 qui a abrogé l'interdiction des discriminations et a insisté sur l'importance de la négociation contractuelle » ; **SAINT-ESTEBEN (R.)**. « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1275.

⁶⁶⁹ Ass. Nat., débats du 17 juin 2008, deuxième séance, J.O. du 18 juin 2008, p. 3504 ; Sénat, débats du 30 juin au 10 juill. 2008 ; Commission mixte paritaire, débats du 23 juill. 2008, J.O. du 24 juill. 2008, p. 5036.

⁶⁷⁰ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *Lamy concurrence*, oct. 2008, n° 17, p. 45 ; **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 202 ; **BUY (F.)**. « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *Petites Affiches*, déc. 2008, n° 252, p. 3 ; **CHAGNY (M.)**. « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, oct. 2008, n° 42, I, doctr. 196, p. 18 ; **FOURGOUX (J.-L.)**. « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.*, sept. 2008, n° 260, p. 2 ; **MALAUURIE-VIGNAL (M.)**. « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc., consom.*, nov. 2008, n° 11, p. 12.

⁶⁷¹ **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, p. 44 et s.

droit de la consommation, le droit des pratiques restrictives de concurrence, s'il ne considère pas le contrat d'adhésion comme une qualification déterminante, tient néanmoins de ce dernier comme une « qualification suspectée »⁶⁷². Cette suspicion se confirme lorsque que le contrat d'adhésion n'est pas considéré comme banal par le droit de la concurrence.

94. Une qualification déterminante pour la jurisprudence. C'est ainsi que la jurisprudence va envisager le contrat d'adhésion comme élément déterminant d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. L'arrêt *Eurauchan*⁶⁷³, et surtout l'arrêt *Provera*⁶⁷⁴, qui statuent tous deux sur des contrats de distribution, font explicitement référence à l'impossible négociation⁶⁷⁵, pour le premier, et au contrat d'adhésion⁶⁷⁶, pour le second. Outre le fait que la Haute Cour opte pour une approche globale du déséquilibre significatif, elle fait de l'absence de négociation effective un indice du déséquilibre significatif⁶⁷⁷. La plupart des auteurs reconnaissent alors l'importance de la qualification de contrat d'adhésion dans les rapports conclus entre les professionnels⁶⁷⁸. Ainsi, le professeur Mathey soutient que : « l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'est donc pas uniquement un instrument de contrôle a posteriori de l'équilibre contractuel, il tend à devenir une garantie de l'effectivité de la négociation commerciale. Bien qu'il ne fasse pas expressément référence à la notion de contrat d'adhésion, il contribue à en encadrer la

⁶⁷² **MARTIN (A.-C.)**. « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *art. préc.*, p. 131, n° 13. V. égal. **WALTER (J.-B.)**. « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *R.R.J.*, 2011-1, p. 346 : « L'arrimage du déséquilibre significatif à des considérations pouvant faire appel à un souci de protection du consentement exprimé ne s'arrête pas au droit commun des contrats ; celui spécial de la concurrence en fait aussi écho. En effet, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce soumet la prise en compte du déséquilibre significatif au fait qu'il procédait d'obligations auxquelles le partenaire aurait été soumis ou pour lesquelles il y aurait eu au moins tentative de soumission ».

⁶⁷³ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurauchan*.

⁶⁷⁴ Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*.

⁶⁷⁵ « Mais attendu que qu'après avoir énoncé que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie, et avoir examiné les relations commerciales régies par la convention litigieuse, l'arrêt relève que la modification de l'article 14 de cette dernière est toujours refusée et constate que la société *Eurauchan* ne démontre pas qu'à l'issue de la négociation dont elle fait état, la modification des autres clauses ait néanmoins permis de rééquilibrer le contrat [...] ».

⁶⁷⁶ Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant constaté, en se référant à la situation de fournisseurs, qu'elle a identifiés, que les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié les éléments de la cause, a légalement justifié sa décision [...] ».

⁶⁷⁷ **MATHEY (N.)**. « Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », *Contrats, conc., consom.*, mai 2015, n° 5, p. 53.

⁶⁷⁸ *Ibid.* ; **CHANTEPIE (G.)**. « Les virtualités du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 148 ; **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 528 ; **CHAGNY (M.)**. « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », *RTD com.*, juill.-sept. 2015, n° 3, p. 488-489 ; **LE GAC-PECH (S.)**. « Sanctions et démesure », *JCP E*, avr. 2015, n°s 17-18, étu. 1207, p. 37.

pratique »⁶⁷⁹. La professeure Behar-Touchais va plus loin dans son analyse. Satisfaite de constater que la Cour de cassation semble limiter la sanction du déséquilibre significatif au contrat d'adhésion, elle affirme en ce sens que : « limiter le déséquilibre significatif à l'absence de négociation réelle nous paraît devoir être approuvé. C'était une lacune du texte de ne pas l'avoir précisé »⁶⁸⁰. Il semblerait que la jurisprudence encourage la doctrine à réellement prendre conscience de l'intérêt du contrat d'adhésion. Le fait de ne pas avoir introduit la notion au sein de la législation se révèle, en quelque sorte, être un acte manqué.

La motivation des arrêts rendus par la Cour de cassation les 25 janvier et 26 avril 2017⁶⁸¹, qui concernent encore une fois des contrats de distribution, laissent entrevoir une fois de plus, selon certains auteurs, une référence au contrat d'adhésion⁶⁸². « Dans le présent arrêt, écrit le professeur Licari à propos de l'arrêt du 25 janvier 2017, la Cour de cassation n'utilise certes pas non plus l'expression de contrat d'adhésion, mais use de plusieurs locutions qui ne laissent pas de doute sur l'assimilation de l'adhésion à la soumission : absence de "libre négociation", annexe au contrat "pré-rédigé". Le contrat

⁶⁷⁹ **MATHEY (N.)**. « Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », *art. préc.*, p. 54.

⁶⁸⁰ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *art. préc.*, p. 528.

⁶⁸¹ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ. IV*, n° 13, arrêt *Galec* : « Mais attendu qu'après avoir rappelé que la loi du 4 août 2008 a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, tout en maintenant le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale, l'arrêt constate que la ristourne litigieuse ne figure pas dans les conditions générales de vente des fournisseurs et qu'elle est prévue dans l'annexe 2 des contrats-cadres pré-rédigés par le Galec, en 2009 et 2010 [...] ; qu'il retient que la différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans l'annexe 2 pré-rédigée par le Galec, lequel n'offre pas de démontrer que des négociations avec les fournisseurs auraient eu lieu sur ce point ; qu'il en déduit que la ristourne a été imposée aux fournisseurs concernés par ces cent dix-huit contrats, qui ont dû signer les contrats-cadres sans pouvoir les modifier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une composante intangibles de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce » ; Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27.865, inédit, arrêt *Darty* : « Mais attendu qu'après avoir relevé que la société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs compte tenu de sa position de leader de la distribution sur les marchés en cause et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable, l'arrêt constate que la clause de mévente des produits a été insérée dans tous les contrats invoqués par le ministre, selon une rédaction identique ; qu'il ajoute qu'aucune des pièces versées aux débats ne révèle de véritable discussion entre la société Darty et ses fournisseurs concernant l'insertion de cette clause, tandis qu'à l'inverse, il est établi que l'un d'eux, la société Acer, s'en est acquitté cependant que ce contrat ne comportait pas formellement cette clause ; qu'en l'état de ces seules constatations et appréciation [...], la cour d'appel, qui a fait ressortir le caractère intangible de ce mécanisme et l'absence de marge de négociation des fournisseurs en cause, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve ni méconnaître le principe de la présomption d'innocence, que la soumission de ces derniers était ainsi établie ».

⁶⁸² L'arrêt *le Galec* rendu par la Haute Cour le 27 mai 2015 (Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Bull. civ. IV*, n° 87, arrêt *le Galec* : *RTD com.*, oct. 2015, n° 3, p. 578, note B. Bouloc ; *AJ Contrat*, août-sept. 2015, n°s 8-9, p. 379, note S. Bros ; *RTD com.*, oct. 2015, n° 3, p. 486, note M. Chagny ; *RTD com.*, juill. 2017, n° 3, p. 601, note M. Chagny ; *Contrats, conc., consom.*, oct. 2015, n° 10, p. 26, comm. N. Mathey) mettra toujours en avant l'absence de pouvoir réel de négocier dans l'application de l'article L. 442-6, I, 2° mais suscitera moins l'intérêt de la doctrine pour le contrat d'adhésion. Seule la professeure Bros soulignera que « tout contrat pré-rédigé par une partie ne constitue pas ipso facto un contrat d'adhésion [...] » (note préc. n° 682, p. 380).

contrôlable sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est donc un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du Code civil »⁶⁸³. Le professeur Mathey estime, dans son commentaire de l'arrêt du 26 avril 2017, que « si le texte ne fait pas référence à la notion de contrat d'adhésion, il semble que l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce rapproche ce texte de son homologue du Code civil »⁶⁸⁴, à savoir l'article 1171.

95. Le contrat d'adhésion effacé par le contrat-type ? Comme nous l'avons constaté, la Cour de cassation ne fait pas exclusivement référence au contrat d'adhésion et va, parfois, parler de contrat-type. Il en va de l'arrêt *EMC Distribution* du 29 septembre 2015⁶⁸⁵ où la Haute Cour décide : « qu'ayant retenu, après avoir constaté que la clause figurait dans le contrat intitulé "Accord Commercial Marque Nationale 2009", que le fait pour un distributeur d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans un tel contrat, donne à cette clause la portée d'un principe auquel les fournisseurs ne peuvent déroger qu'aux termes d'une négociation qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée, la cour d'appel a déduit à bon droit de l'insertion de la clause litigieuse dans un contrat type que la société EMC a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties [...] ». Cette même motivation a été reprise dans l'arrêt *Carrefour* du 4 octobre 2016⁶⁸⁶ dont l'attendu se lit comme suit : « Et attendu, en second lieu, que l'article L. 442-6, I, 2° précité prohibant tant le fait de soumettre que celui de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, ce texte peut s'appliquer à un contrat-type proposé à des fournisseurs ». Un tel changement de vocable interroge. Serait-elle le fait d'une difficulté dans la définition, et donc l'appréhension, de la notion de contrat d'adhésion ? L'hypothèse est probable. Toutefois, et bien que les notions de contrat-type et de contrat d'adhésion soient différentes⁶⁸⁷, elles sont souvent tenues pour synonymes si bien que l'usage d'une

⁶⁸³ **LICARI (F.-X.)**. « Quelques précisions importantes sur le champ d'application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *Lamy droit civil*, mai 2017, n° 148, p. 10.

⁶⁸⁴ **MATHEY (N.)**. « Preuve de la soumission d'un partenaire », *Contrats, conc., consom.*, juill. 2017, n° 7, p. 83.

⁶⁸⁵ Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043, inédit, arrêt *EMC Distribution* : *RTD com.*, mai 2016, n° 1, p. 81, note M. Chagny ; *JCP E*, janv. 2016, n° 3, p. 46, note S. Le Gac-Pech.

⁶⁸⁶ Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, inédit, arrêt *Carrefour* : *D.*, déc. 2016, n° 42, p. 2489, note Y. Picod ; *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 81, note M. Behar-Touchais ; *JCP E*, janv. 2017, n° 4, p. 36, note S. Le Gac-Pech.

⁶⁸⁷ V. *infra* n° 316.

notion ou d'une autre par la Cour de cassation ne préjuge en rien de l'intérêt, ou non, de la notion de contrat d'adhésion⁶⁸⁸.

Dans son article paru en 2017⁶⁸⁹, la professeure Behar-Touchais revient sur la notion de contrat d'adhésion, et plus particulièrement sa distinction avec le contrat de dépendance. Selon l'auteure, dont nous rejoignons le point de vue, cette distinction ne peut survivre à la pratique car une dépendance peut tout à fait être caractérisée dans un contrat d'adhésion. Qui plus est, elle rappelle que, dans les deux cas, l'une des parties, même sachante, n'a aucun pouvoir réel de négociation. Dans les deux situations, et reprenant l'expression de la professeure Fenouillet, « le consentement n'est pas de qualité »⁶⁹⁰. Dès lors, la professeure Behar-Touchais suggère que « c'est d'ailleurs peut-être pour ne pas se laisser enfermer dans la conception étriquée du contrat d'adhésion retenue par certains, que la Cour de cassation dans cet arrêt Carrefour du 4 octobre 2016 préfère indiquer que “ce texte [l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce] peut s'appliquer à un contrat type proposé à des fournisseurs.” Le contrat type, ce serait finalement ici le contrat pré-rédigé par Carrefour, et qui serait proposé à l'identique à tous les fournisseurs »⁶⁹¹. Ainsi, il était peut-être plus pratique et judicieux, aux yeux de la chambre commerciale, de prouver la soumission ou la tentative de soumission à travers l'élaboration unilatérale d'un contrat-type, sans avoir à caractériser l'absence, ou non, d'un pouvoir de négociation⁶⁹². Une telle position de la Cour de cassation se comprend lorsque l'on sait que le contrat d'adhésion ne faisait pas, à l'époque où l'arrêt a été rendu, l'objet d'une définition légale et demeurait ainsi une notion doctrinale sujette à différentes définitions. Maintenant que le contrat d'adhésion est défini à l'article 1110, alinéa 2 du Code civil, nous pouvons espérer que la Cour de cassation fera le choix de reprendre textuellement la notion de contrat d'adhésion dans ses décisions futures.

⁶⁸⁸ Dans son jugement rendu le 13 octobre 2020, le Tribunal de commerce de Paris emploie indifféremment les expressions « convention-type » et « contrat d'adhésion ». V. T. com. Paris, 13 oct. 2020, n° 2017005123, p. 19 : *Lamy concurrence*, janv. 2021, n° 101, p. 33, note M. Boudou ; *AJ Contrat*, déc. 2020, n° 12, p. 543, note J.-C. Roda ; *D.*, déc. 2020, n° 43, p. 2426, note Y. Serra.

⁶⁸⁹ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 81.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 83, n° 4.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 83, n° 5.

⁶⁹² **CHAGNY (M.)**. « Le déséquilibre significatif de nouveau devant la Cour de cassation », *RTD com.*, mai 2016, n° 1, p. 83.

96. Qu'il y soit clairement associé ou simplement sous-entendu, le contrat d'adhésion est, sans le moindre doute, un moteur non négligeable du développement et de l'affirmation de la justice contractuelle promue par les droits spéciaux de la consommation et des pratiques restrictives de concurrence. Pourtant, quand vient l'heure d'envisager à nouveau la réforme du droit des contrats, le contrat d'adhésion disparaît encore une fois des écrits. A l'heure de célébrer les deux-cent ans du Code civil, nous ne pouvons que tristement constater que le contrat d'adhésion est, encore une fois, le grand absent des célébrations du Bicentenaire du Code civil.

§ 2 : Le seconde éclipse du contrat d'adhésion lors du Bicentenaire du Code civil

97. *L'indispensable réforme du droit des contrats.* « Les célébrations d'anniversaires sont souvent prétexte à un regard tourné vers le passé, teinté de nostalgie, voire à une analyse du présent à la lumière du temps écoulé depuis la date fêtée, mais plus rarement à une projection vers l'avenir »⁶⁹³. Il est vrai qu'à l'heure du Bicentenaire du Code civil, tous les auteurs, sans exception, qui ont participé aux célébrations de cet anniversaire, s'attachent, au détour d'un paragraphe ou d'un article entier, à rappeler la grandeur du Code civil. Tous célèbrent le symbole national qu'il a été et est encore aujourd'hui, monument à part entière du patrimoine national⁶⁹⁴. Ils n'oublient pas de féliciter le Code pour son aura internationale et son influence toujours tangible dans le monde. Ils aiment à souligner sa pérennité, notamment pour le droit des contrats qui, depuis 1804, n'a pas été une seule fois modifié. « Mais comme l'on sent bien que le simple idéal national de conservation des monuments historiques n'est guère porteur d'illusions, l'on s'empresse d'ajouter que ledit Code "ne répond plus à la culture d'aujourd'hui" et "appelle d'urgence à une révision, sans attendre l'éventuelle mise en place d'un Code européen" »⁶⁹⁵.

⁶⁹³ **CABRILLAC (R.)**. « L'avenir du Code civil », *JCP G*, mars 2004, n° 13, I, doct. 121, p. 547, n° 1.

⁶⁹⁴ **CABRILLAC (R.)**. « Recodifier », *RTD civ.*, déc. 2001, n° 4, p. 833 ; **CARBONNIER (J.)**. « Le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz-Litec, 2004, p. 17 ; **FOYER (J.)**. « Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », *JCP G*, mars 2004, n° 13, I, doct. 120, p. 543 ; **GAUDEMET (Y.)**. « Le Code civil, "constitution civile de la France" », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 297 ; **KRIEGK (J.-F.)**. « Le bicentenaire du Code civil, "péristyle de la législation française" », *Gaz. Pal.*, déc. 2003, n° 365, p. 2 ; **MARKESINIS (B.)**. « Deux cent ans dans la vie d'un code célèbre », *RTD civ.*, janv.-mars 2004, n° 1, p. 50-52 ; **TERRE (F.), OUTIN-DAM (A.)**. « L'année d'un bicentenaire », *D.*, janv. 2004, n° 1, p. 12-13.

⁶⁹⁵ **SERIAUX (A.)**. « *Vanitas vanitatum*. De l'inanité d'une refonte du Livre III du titre III du Code civil », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1187, n° 1.

Bien qu'admiratifs du Code civil, certains auteurs vont profiter de ce Bicentenaire pour souligner sa « perte d'âme »⁶⁹⁶. Dans l'ombre du Code civil européen, dont l'élaboration va principalement alimenter les écrits du Bicentenaire⁶⁹⁷ et face à la multiplication toujours plus rapide des lois spéciales⁶⁹⁸, le Code civil connaît une perte de vitesse importante. Ce constat est particulièrement vrai du droit des contrats qui, comme nous venons de le rappeler, est resté inchangé depuis 1804. Il en va autrement du droit de la famille et du droit relatif à la propriété qui, grâce à une volonté politique forte et l'intérêt porté par les juristes à ces matières, ont fait l'objet de réformes entamées, voire terminées⁶⁹⁹. Le droit des contrats, quant à lui, reste sur le quai, image d'une recodification que les professeurs Cabrillac et Tallon qualifient de « tranquille »⁷⁰⁰. Pourtant, il y a bien une « urgente nécessité »⁷⁰¹ à réformer le droit des contrats et sa théorie générale face à une « crise profonde et grave »⁷⁰² du système. Selon le professeur Atias, une « restauration »⁷⁰³ du droit des contrats s'impose afin de tenir compte de la complexification des relations contractuelles contemporaines. La question, véritablement débattue par les auteurs⁷⁰⁴,

⁶⁹⁶ GAUDEMET (Y.). « Le Code civil, “constitution civile de la France” », *art. préc.*, p. 306, n° 19.

⁶⁹⁷ CABRILLAC (R.). « L'avenir du Code civil », *art. préc.*, p. 548-549, n° 5 ; FOYER (J.). « Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », *art. préc.*, p. 546 ; GAUDEMET (Y.). *Ibid.*, p. 307, n° 23 ; GHESTIN (J.). « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1159, n° 10 et s. ; KRIEGK (J.-F.). « Le bicentenaire du Code civil, “péristyle de la législation française” », *art. préc.*, p. 2 ; MARKESINIS (B.). « Deux cent ans dans la vie d'un code célèbre », *art. préc.*, p. 54 et s. ; MESTRE (J.). « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 232, n° 2 ; MESTRE (J.). « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1167 ; REMY (P.). « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 115 ; SERIAUX (A.). « *Vanitas vanitatum*. De l'inanité d'une refonte du Livre III du titre III du Code civil », *art. préc.*, p. 1189, n° 7 ; TALLON (D.). « Grandeur et décadence du Code civil français », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles : Larcier, 2003, p. 291 et s. ; TERRE (F.), OUTIN-ADAM (A.). « L'année d'un bicentenaire », *art. préc.*, p. 14 et s. ; VOGEL (L.). « Recodification civile et renouvellement des sources internes », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 160-161.

V. égal. : CORNU (G.). « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, janv. 2002, n° 4, p. 351 ; FAUVARQUE-COSSON (B.). « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.*, juill.-sept. 2002, n° 3, p. 463 ; WITZ (C.). « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.*, fév. 2000, n° 5, p. 79.

⁶⁹⁸ AUBERT (J.-L.). « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 123 ; REMY (P.). « Regards sur le Code », *art. préc.*, p. 111-112 ; REVET (T.). « La recodification, entre tentation et illusions », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 456, n° 5.

⁶⁹⁹ CABRILLAC (R.). « Le Code civil à la fin du XX^e siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 75-76.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 76 ; TALLON (D.). « Grandeur et décadence du Code civil français », *art. préc.*, p. 288.

⁷⁰¹ ATIAS (C.). « Le code civil nouveau », *D.*, mai 1999, n° 18, p. 200, n° 1.

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ ATIAS (C.). « Restaurer le droit du contrat », *D.*, mars 1998, n° 13, p. 137.

⁷⁰⁴ FOYER (J.). « Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », *art. préc.*, p. 545 : « Il faut absolument que les dispositions du Code civil continuent de jouer le rôle de Droit commun des obligations, y compris pour les contrats et obligations dans le Droit des activités économiques [...]. J'ajouterai que cette théorie générale des obligations doit rester dans la droite ligne de la tradition des Droits romanistiques. Il faut éviter, sous prétexte d'unification internationale, de la modifier par importation des concepts venant de la *Common Law*. Même lorsque les mots apparaissent comparables, les notions n'ont pas le même contenu. Ce qui ne signifie pas que la théorie générale des obligations ne puisse évoluer. Mais elle doit évoluer en harmonie avec son propre génie. Je me méfierai même d'une harmonisation à l'échelon européen du Droit des obligations. Car je ne suis pas assuré que l'interprétation qui en serait

contrairement à leurs prédécesseurs ayant participé au premier anniversaire du Code, est au cœur de tous les écrits du Bicentenaire.

98. Vers un droit des contrats plus juste. Cette urgence sera entendue et entérinée par feu le Président Jacques Chirac lors de son discours prononcé à l'occasion des célébrations du Bicentenaire du Code civil⁷⁰⁵. Ce dernier en appelle à une réelle modernisation du droit des contrats français afin qu'il soit mieux adapté aux besoins de la société contemporaine et soit rendu plus attractif pour les acteurs de l'activité économique d'aujourd'hui⁷⁰⁶. Cependant, le Président Chirac souligne que le renforcement de cette

donné par la Cour de justice des Communautés européennes serait suffisamment dégagée de l'influence de la *Common Law* ».

⁷⁰⁵ Discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur le code civil, la modernisation du droit civil, notamment le droit des obligations, l'effort de codification et de simplification des droits français et communautaires et le rayonnement du droit français à l'étranger, 11 mars 2004. Disponible en ligne : < <https://www.elysee.fr/jacques-chirac/2004/03/11/discours-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-le-code-civil-la-modernisation-du-droit-civil-notamment-le-droit-des-obligations-leffort-de-codification-et-de-simplification-des-droits-francais-et-communautaires-et-le-rayonnement-du-dr>>.

⁷⁰⁶ Les célébrations du Bicentenaire du Code civil interviennent concomitamment à la publication des premiers rapports *Doing Business* rédigés par la Banque mondiale. Ces rapports ont créé, à l'époque, un véritable tollé au sein de la doctrine en raison des généralités tirées de constats peu approfondis sur les différents systèmes juridiques de par le monde. Donnant une large préférence aux systèmes de *common law* pour leur réglementation plus légère et moins rigide, ces rapports, sans prendre en compte les nuances de chaque système, dressent un tableau peu flatteur de la tradition romano-germanique, et tout particulièrement du système civiliste de tradition française. Ils lui reprochent la lourdeur de son système et sa grande rigidité. Ces rapports, qui ont fait craindre une dangereuse mise en concurrence des systèmes, sont à prendre avec beaucoup de précaution bien que leur contenu se soit amélioré les années suivantes.

Pour en savoir plus, v. spéc. Association H. Capitant. *Les droits de tradition civiliste en question : A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, vol. 1, Société de législation comparée : Paris, 2006 ; **CABRILLAC (R.)**. « Rapport introduction : quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ? », in *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, CABRILLAC (R.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2011, p. 1 ; **COHEN-TANUGI (L.)**. « Droit civil contre *common law* : un faux débat », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 25 ; **FORNACCIARI (M.)**. « La place du droit dans les choix industriels », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, op. cit., p. 71 ; **HARAVON (M.)**. « Le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale : mythes et réalités d'un rapport sans nuance », *JCP E*, oct. 2005, n° 41, étu. 1478, p. 1680 ; **HARAVON (M.)**. « Le rapport *Doing Business* 2007 de la Banque mondiale : le mirage des classements pour mesurer l'efficacité de la justice civile », *JCP E*, sept. 2006, n° 38, étu. 2369, p. 1571 ; **LAGARDE (X.)**. « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *D.*, nov. 2005, n° 3, p. 2745 ; **LAMAZE (E. de)**. « Bon anniversaire, cher Code civil », *Gaz. Pal.*, mai-juin 2004, n° 3, p. 1675 ; **MAZEAUD (D.)**. « Le droit français, modèle pour les projets européens de droit des contrats », in *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, op. cit., p. 23 ; **MOUTOUH (H.)**. « Le droit et l'influence internationale de la France », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, op. cit., p. 79 ; **PONTHOREAU (M.-C.)**. « La concurrence entre *common law* et droit civil : existe-t-il véritablement une concurrence entre *common law* et tradition civiliste ? Le point de vue du comparatiste de droit public », in *La concurrence des systèmes juridiques*, op. cit., BOIS DE GAUDUSSON (J. du), FERRAND (F.) (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2008, p. 35 ; **RAYNOUARD (A.)**, **BAÏSSUS (J.-M.)**. « Le rapport *Doing Business* in 2010 ravive la concurrence des systèmes juridiques », *Petites Affiches*, oct. 2009, n° 197, p. 3 ; **ROUVILLOIS (F.)**. « Une méthode innovante mais défailante », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, op. cit., p. 15 ; **VATINET (R.)**. « Association Henri Capitant. *Les droits de tradition civiliste en question : A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale* », *RTD civ.*, déc. 2006, n° 4, p. 845.

Pour une défense des rapports *Doing Business*, v. not. **THOMAS (B.)**. « Un rapport révolutionnaire ? », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, op. cit., p. 7 ; **BAILLY (M.)**. « Défense du programme *Doing Business* », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, op. cit., p. 29.

La publication des rapports *Doing Business* a également entraîné un phénomène nouveau de marketisation du droit. Les normes juridiques sont alors perçues comme des données économiques présentées sur un marché du droit. Sur cette

attractivité et l'instauration d'un droit moderne du contrat ne doit pas se faire au détriment des « préoccupations de justice sociale ». Selon lui, « il convient au contraire de faire émerger un système juridique équilibré, fondé non seulement sur l'économie, mais aussi sur l'humanisme, l'équité et la justice ».

Ce souci d'humanisme et de justice est partagé par la très grande majorité des juristes et se retrouve ainsi repris dans la plupart des textes écrits à l'occasion du Bicentenaire. Les auteurs ont conscience qu'un changement de philosophie doit s'opérer et tous constatent que la relation contractuelle a bel et bien changé depuis 1804. Ils défendent l'introduction d'une plus grande justice contractuelle en suggérant la reprise, par le droit commun des contrats, d'une politique de protection des contractants les plus faibles. Le droit des contrats contemporain se doit de pouvoir faire face aux déséquilibres contractuels les plus criants et reconnaître que les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté ne sont plus entièrement représentatifs de l'évolution de la matière. Le professeur Mestre ira même jusqu'à reconnaître explicitement l'influence du solidarisme contractuel sur la notion de contrat et ses conséquences sur l'ancien article 1134 du Code civil, qui suppose désormais un équilibre entre son alinéa 1 et son alinéa 3 qui a trait au principe de bonne foi⁷⁰⁷.

99. La négation du contrat d'adhésion. Quels sont les outils proposés par les auteurs pour restaurer le droit des contrats et injecter une plus grande dose de justice contractuelle ? Le contrat d'adhésion sera-t-il enfin la vedette du Bicentenaire et la bannière de la justice contractuelle ? Ce n'est malheureusement pas le constat que nous avons fait. Comme pour les écrits du Centenaire, nous nous sommes attachée à relever combien de fois il a été fait allusion au contrat d'adhésion, et le bilan est extrêmement maigre : aucun auteur n'en fait mention, hormis deux qui vont plutôt en faire une critique. Le premier, le professeur Vogel, s'oppose à l'idée d'introduire au sein du droit commun des contrats un traitement différencié au profit de la partie faible et prend pour (surprenante !) illustration le contrat d'adhésion⁷⁰⁸. Selon lui, les effets négatifs que couve un tel contrat n'ont aucun risque de

question, v. spéc. **MONTALIVET (P. de)**. « La “marketisation” du droit : réflexions sur la concurrence des droits », *D.*, déc. 2013, n° 44, p. 2923 ; **PFERSMANN (O.)**. « Propos introductifs : existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ? », in *La concurrence des systèmes juridiques*, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁰⁷ **MESTRE (J.)**. « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », *art. préc.*, p. 241-242 ; **MESTRE (J.)**. « Faut-il réformer le titre III du Livre III du Code civil ? », *art. préc.*, p. 1168.

⁷⁰⁸ **VOGEL (L.)**. « Recodification civile et renouvellement des sources internes », *art. préc.*, p. 168, n° 27

se développer en pratique. En effet, il explique que le consommateur aurait l'entière liberté d'aller contracter ailleurs si les termes du contrat proposés lui paraissent abusifs. Le risque pour le contrat d'adhésion de déployer ses effets négatifs se développe surtout dans le cadre d'un monopole car le consommateur n'a pas d'autre choix que de conclure avec l'entreprise en situation de monopole. Il conclut alors en soutenant que : « même dans le cas des contrats d'adhésion, le principe d'égalité formelle est donc parfaitement fondé : ces contrats ne sont dangereux qu'en l'absence de concurrence »⁷⁰⁹. De tels propos peinent à emporter notre adhésion. Tout d'abord, c'est oublier que, même sur un marché concurrentiel, tous les contrats d'adhésion se ressemblent car sont uniformisés et sont, dans la majeure partie des cas, des contrats-types, c'est-à-dire des formules de contrat prêtes à l'emploi. Que l'on contracte avec telle plateforme de vente ou telle autre, si le prix du bien que l'on achète peut varier d'une entreprise à une autre, les conditions qui l'entourent seront ressemblantes, voire même identiques. Or, l'on sait que ce qui pose problème dans un contrat d'adhésion, ce sont les conditions accessoires. Le choix auquel fait allusion le professeur Vogel est donc très limité et se résume à une bonne affaire que l'on peut espérer réaliser. Ensuite, c'est négliger un facteur essentiel de la conclusion du contrat d'adhésion : dans la grande majorité des cas, le consommateur ne lit pas les conditions de son contrat. Comment pourrait-il alors se tourner vers un contrat hypothétiquement plus avantageux ? Le second auteur, le professeur Rémy, rejette carrément l'insertion du contrat d'adhésion au sein du Code civil⁷¹⁰. Prenant l'exemple de l'article 1379 du Code civil du Québec qui consacre une définition moderne du contrat d'adhésion⁷¹¹, l'auteur réfute l'introduction d'une telle innovation dans le Code civil français afin de conserver un certain classicisme dans la classification des contrats.

100. L'unique référence à la notion de clause abusive. Seule la notion de clause abusive, intimement rattachée au contrat d'adhésion et outil, par excellence, de réalisation de la justice contractuelle, a fait l'objet d'une attention particulière. Cela étant dit, seuls deux auteurs y font référence : les professeurs Mestre⁷¹² et Revet⁷¹³. En effet, l'idée d'intégrer une règle relative aux clauses abusives dans le Code civil ne fait pas l'unanimité au sein de

⁷⁰⁹ **VOGEL (L.)**. « Recodification civile et renouvellement des sources internes », *art. préc.*, p. 169, n° 27.

⁷¹⁰ **REMY (P.)**. « Réviser le titre III du Livre troisième du Code civil ? », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1179.

⁷¹¹ *Ibid.*, v. part. la note de bas de page n° 50.

⁷¹² **MESTRE (J.)**. « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », *art. préc.*, p. 234.

⁷¹³ **REVEL (T.)**. « La recodification, entre tentation et illusions », *art. préc.*, p. 458.

la doctrine, certains préférant qu'elle soit cantonnée au droit de la consommation⁷¹⁴. Bien qu'ils renvoient à cette disposition, les professeurs Mestre et Revet ne précisent aucunement le champ d'application d'une telle disposition si elle venait à être insérée dans le Code civil. Le professeur Mestre suggère uniquement que l'introduction d'une disposition sur les clauses abusives dans le Code civil pourrait enfin sanctionner de pareilles clauses insérées dans des contrats conclus entre professionnels⁷¹⁵.

101. Encore une fois, le contrat d'adhésion n'est pas l'invité de marque de ces fêtes d'anniversaire du Code civil. Pourquoi une telle ignorance d'une notion qui façonne toujours plus intensément le paysage contractuel, et ce depuis plus de deux-cent ans ? Peut-être cette absence s'explique-t-elle par le fait que les auteurs se sont surtout interrogés sur le procédé de réforme du droit des contrats à adopter : faut-il attendre l'élaboration d'un Code civil européen ? Est-il plus opportun de miser sur les lois spéciales, et plus particulièrement le droit de la consommation ? Est-il plus judicieux de conserver le *statu quo* et laisser faire la jurisprudence ? Il ne faut pas non plus oublier que l'essor de la justice contractuelle a su se faire sans référence directe et explicite au contrat d'adhésion. Bien que cette impression soit trompeuse, le rôle joué par le contrat d'adhésion dans le développement des règles protectrices de la partie faible apparaît, au premier abord, comme étant très secondaire. Cette perception est le reflet des choix de politique contractuelle opérés par le législateur. Le droit spécial des contrats a réussi à tendre vers la justice contractuelle sans avoir recours à la notion de contrat d'adhésion. Pourquoi faudrait-il que le futur droit des contrats soit envisagé autrement ? Or, nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence cherchent à s'appuyer sur la notion de contrat d'adhésion pour justifier de l'application de règles, par essence, dérogoires au droit commun. Fort heureusement, ce besoin sera pris en compte dans les différents projets de réforme du droit des contrats.

⁷¹⁴ **AUBERT (J.-L.)**. « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », *art. préc.*, p. 138-139 ; **VOGEL (L.)**. « Recodification civile et renouvellement des sources internes », *art. préc.*, p. 167-168, n° 24.

V. égal. **LEMAIRE (H.), MAURIN (A.)**. « "Nous ne sommes pas favorables à l'intégration pure et simple du Code de la consommation dans le Code civil" », *Petites Affiches*, mai 2004, n° 92, p. 30.

Le professeur Ghestin suggérerait, quant à lui, pour lutter contre les clauses abusives, de renforcer le rôle joué par la notion de cause : « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », *art. préc.*, p. 1164, n° 19.

⁷¹⁵ **MESTRE (J.)**. « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », *art. préc.*, p. 234 (il faut garder à l'esprit que le texte du professeur Mestre a été rédigé avant l'adoption de la LME en 2008).

* * *

Conclusion de la section 3 :

102. L'aube du III^e millénaire est loin d'annoncer la reconnaissance explicite et l'accueil favorable de la notion de contrat d'adhésion. Que ce soit dans le développement du solidarisme contemporain, dans la promulgation des lois spéciales encadrant la lutte contre les clauses abusives en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives de concurrence, ou lors des célébrations du Bicentenaire du Code civil, le contrat d'adhésion se compare à « l'éléphant dans la pièce ». L'essor de la justice contractuelle semble se faire aux dépens d'une notion encore trop souvent niée. Ceci dit, ce constat mérite d'être nuancé en ce que le contrat d'adhésion n'est pas totalement inexistant du discours contractuel du début du XXI^e siècle. Tremplin indispensable, il accompagne plus ou moins discrètement l'élan de la justice contractuelle en se retrouvant au cœur des débats entourant le solidarisme contractuel ou la législation de lutte contre les clauses abusives et son application par la jurisprudence.

* *

*

* * *

Conclusion du Chapitre 1 :

103. De la codification napoléonienne de 1804 au Bicentenaire du Code civil célébré en 2004, le discours du droit des contrats français a indéniablement fait l'objet d'une évolution, voire d'une métamorphose, notamment en ce qui concerne l'idéal qui nous intéresse plus particulièrement ici : la justice contractuelle. Limitée à une simple équivalence des prestations du contrat dans une théorie générale imprégnée de l'imprenable liberté contractuelle et construite sur le bastion de l'autonomie de la volonté, la justice contractuelle va petit à petit s'étoffer pour se voir, finalement, revêtir une finalité de protection des parties les plus vulnérables. Le solidarisme social, puis contractuel, la lutte législative contre les clauses abusives, puis sa réception jurisprudentielle, vont alors modeler une justice contractuelle en pleine expansion.

Cette évolution significative du principe de justice contractuelle n'aurait pu être décisive sans le ressort du contrat d'adhésion. Notion au cœur des courants solidaristes et au centre des débats relatifs à la lutte contre les clauses abusives, le contrat d'adhésion évolue, néanmoins, à la périphérie du discours contractuel français. Tantôt saisi puis éclipsé, tantôt craint puis recherché, le contrat d'adhésion semble écrire à l'encre invisible l'histoire d'un droit des contrats en pleine transition. Pourtant, qu'il fasse l'objet d'un relatif enthousiasme doctrinal ou qu'il soit une simple qualification implicite, le contrat d'adhésion est le véritable moteur de l'évolution du discours contractuel français et le formidable tremplin à l'amplification de la justice contractuelle, et ce depuis sa création par Raymond Saleilles en 1901. Ces retombées positives semblent avoir trouvé un écho plus important outre-Atlantique où les auteurs de la doctrine bas-canadienne, puis québécoise, ont réservé un accueil plus chaleureux à la notion de contrat d'adhésion qui, loin de la périphérie, mais pas encore tout à fait au centre, aura une influence déterminante sur le discours contractuel québécois.

* * *

*

Chapitre 2 : Le contrat d'adhésion au tournant de l'évolution du discours du droit des contrats québécois

104. La réception du contrat d'adhésion par le discours contractuel québécois n'a pas connu la même trajectoire qu'en France. Ici, et comme nous l'avons vu précédemment, la notion de contrat d'adhésion a rencontré une popularité relativement forte à sa naissance et durant les années qui ont suivi sa création. Petit à petit, et alors que le principe de justice contractuelle prenait de l'ampleur, cet engouement s'est essoufflé pour laisser place à une relative indifférence du droit français qui n'usait de la notion de contrat d'adhésion que comme une référence implicite. Là-bas, la notion de contrat d'adhésion a pendant très longtemps été inexistante jusqu'au jour où elle fut saisie par la doctrine civiliste qui ne s'en départira plus. L'expansion de la justice contractuelle au Québec fut véritablement et clairement accompagnée par la notion de contrat d'adhésion. Cependant, son parcours outre-Atlantique n'a pas été des plus évidents, ni des plus naturels.

105. Contrairement à la France, le Code civil du Bas-Canada a été adopté quelques années avant le « boom » de la Révolution industrielle, soit en 1866. Déjà les relations contractuelles n'étaient plus majoritairement égalitaires, et déjà pointaient les premiers déséquilibres et abus. Pourtant, aucun correctif ne fut apporté par les codificateurs bas-canadiens qui, ayant particulièrement foi dans le principe de la liberté contractuelle et dans la théorie de l'autonomie de la volonté, élaborèrent un corpus à même de répondre aux besoins d'une société industrielle naissante et d'asseoir les bases d'un libéralisme économique exacerbé. L'expression de la justice contractuelle fut donc réduite au minimum, c'est-à-dire à la protection des mineurs et des majeurs dont la capacité est limitée, et à quelques dispositions particulières relatives à des contrats spéciaux. La tendance s'inversera modérément au milieu du XX^e siècle qui voit l'introduction progressive de la théorie de l'abus de droit en droit québécois. Jusqu'alors, les références au contrat d'adhésion étaient inexistantes ou s'apparentaient seulement à des allusions furtives qui ne faisaient l'objet que de développements superficiels. Il faudra attendre le début des années 1960 – véritable tournant historique, politique, social, économique mais aussi juridique pour le Québec – pour percevoir l'intérêt doctrinal et jurisprudentiel à l'égard de la notion. Cette dernière connaîtra, par la suite, un essor remarquable. Dès ce moment, il n'y eut pas de retour en arrière pour les acteurs du droit civil québécois. Les études sur le contrat d'adhésion se

multiplierent, cherchant à proposer les meilleures solutions possibles pour encadrer ce contrat devenu indispensable au fonctionnement de la vie économique québécoise. L'incontournable législation consumériste québécoise se construit sur la notion de contrat d'adhésion qui fonde l'histoire de la matière et explique son existence. Le contrat d'adhésion ne sera pas une hypothèse implicite mais une référence explicite du droit de la consommation québécois.

106. Comme pour le discours contractuel français, nous avons fait le choix d'étudier le discours contractuel québécois de façon chronologique en insistant sur les périodes charnières de l'histoire du droit des contrats québécois. La codification bas-canadienne a été notre point de départ pour ensuite aller jusqu'aux années 1950 (**Section 1**). Nous terminerons notre voyage dans le temps par l'étude des années 1970-1980 qui se révèlent être particulièrement fructueuses pour le contrat d'adhésion (**Section 2**).

Section 1 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats, de la codification au milieu du XX^e siècle

107. La place du contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats québécois s'apprécie à la lumière d'une œuvre capitale qu'est le Code civil du Bas-Canada. Ce dernier marque une étape fondamentale dans la construction et l'affirmation du « droit civil canadien »⁷¹⁶. Il devient le relais des valeurs que défendent et partagent les juristes bas-canadiens, et se fait le support de leur conception des relations contractuelles et de leur compréhension du contrat. Cet intermédiaire, conçu sur-mesure pour aider au développement des relations contractuelles dans un Bas-Canada industriel (§ 1), se trouvera très vite dépassé par l'évolution rapide de la société bas-canadienne et la naissance d'une nation Québécoise (§ 2). Ces transformations sociales ne laisseront naturellement pas indemnes les relations contractuelles qui constituent le tissu économique du pays.

⁷¹⁶ Cette expression, née sous la plume de Paul-André Crépeau, ne fait pas référence au Canada tel que nous le connaissons aujourd'hui, et encore moins à une vision hégémonique que l'auteur aurait pu avoir du droit civil. Bien au contraire, Crépeau était particulièrement respectueux de la tradition de *common law* et de la diversité culturelle du Canada. Cette expression fait, en réalité, référence à ce qu'était la culture canadienne – dans le sens étymologique du mot – avant l'avènement de la Révolution tranquille et la naissance de la nation québécoise. Elle renvoie à l'ancien droit, celui qui a existé avant la réforme du Code civil du Bas-Canada et qui constitue la base du droit civil québécois, mais aussi un pan du patrimoine culturel du Québec. Elle fait également appel au bijuridisme qui caractérise le système juridique québécois qui n'est pas hermétique aux apports de la *common law*. (KASIRER (N.), « Préface : qu'est-ce que le "droit civil canadien" ? », in *La réforme du droit civil canadien : une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, CREPEAU (P.-A.), Montréal : Thémis, 2003, p. xv).

§ 1 : Les relations contractuelles dans la codification bas-canadienne

108. La perception bas-canadienne des relations contractuelles est en tout point similaire à celle véhiculée dans la codification napoléonienne. Cependant, elle se veut plus aigüe qu'en France. Partant, les conceptions de la justice contractuelle française et bas-canadienne, bien que ressemblantes, sont loin d'être identiques. Dans le Bas-Canada de 1866, l'expression de la justice contractuelle peut être qualifiée d'extrêmement libérale dès lors que les déséquilibres contractuels naissants, issus de l'industrialisation croissante du Bas-Canada, n'avaient pas été pris en compte par les codificateurs (**A.**). Cette conception de la justice contractuelle va connaître des assouplissements successifs vers la fin des années 1950 et au début des années 1960 mais qui ne sauraient être qualifiés de substantiels (**B.**).

A. L'expression de la justice contractuelle dans le Code civil du Bas-Canada de 1866

109. *L'originalité indéniable du Code civil du Bas-Canada.* A bien des égards, le Code civil du Bas-Canada tient beaucoup du Code Napoléon qui constitue sa première source d'inspiration⁷¹⁷. Nous pouvons imaginer qu'un juriste français de l'époque qui se déciderait à naviguer parmi les dispositions du Code bas-canadien n'entreprendrait pas un voyage en terre inconnue tant le paysage juridique lui paraîtrait familier. En plus de son caractère compilateur⁷¹⁸, sa forte ressemblance avec le Code civil des français interroge

⁷¹⁷ Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, L.C. 1857, c. 43, p. 186.

MIGNAULT (P.-B.). « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », *U. of T. L. J.*, 1935, vol. 1, n° 1, p. 108-109 ; **NIORT (J.-F.)**. « “Notre droit civil...” : quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 173 et s.

⁷¹⁸ **BRIERLY (J.E.C.)**. « Quebec's Civil Law Codification : viewed and reviewed », *R.D. McGill*, 1968, vol. 14, n° 4, p. 544 ; **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance, op. cit.*, p. 59.

Suite à la cession, en 1760, de la Nouvelle-France à la Couronne britannique, le droit de ce qui avait alors été rebaptisé le Bas-Canada ressemblait à un véritable « patchwork » (**BRIERLY (J.E.C.)**. V. *infra*), ou encore à une « babel légale » (Anonyme, v. *infra*). En effet, le droit bas-canadien était à la fois constitué des diverses sources du droit français (coutumes locales, Coutume de Paris, édits du roi, ordonnances, arrêts rendus par le Conseil d'Etat des rois de France pour le Canada) auxquelles s'ajoutaient les diverses normes de droit anglais. Face à cet inextricable désordre normatif qui rendait la pratique juridique particulièrement pénible, la codification s'imposa, au milieu du XIX^e siècle, comme la solution parfaite pour ordonnancer, synthétiser et harmoniser le droit civil canadien. Partant, il était nécessaire de moderniser les règles de droit afin que ces dernières soient représentatives des valeurs et caractéristiques des canadiens-français de l'époque. La codification s'explique également par le fait que la France s'était dotée, en 1804, d'un nouveau corpus de règles, le Code Napoléon, si bien que les anciennes lois n'étaient plus ni imprimées, ni commentées. Or, le droit civil canadien dépendait largement de ces commentaires puisqu'était encore constitué de l'ancien droit. Il fallut donc, pour le Bas-Canada, remédier à la disparition de cette matière première en « figeant » ses propres règles. V. : Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, L.C. 1857, c. 43, p. 186 ; Anonyme, « De la codification des lois du Canada », *R. de L.*, mai 1846, vol. 1, n° 8, p. 337-338 ;

l'originalité du Code civil du Bas-Canada⁷¹⁹. Cependant, il serait injuste de croire que ledit Code ait été une simple reproduction du Code Napoléon⁷²⁰. C'est une œuvre juridique écrite pour son temps, adaptée à son peuple et transposée à la mentalité de son pays. Tout d'abord, le Code civil du Bas-Canada adopte une forme distincte du Code Napoléon en s'écartant parfois du plan de ce dernier⁷²¹ et en adoptant des formules plus simples⁷²². A titre d'exemple, les commissaires refusent d'intégrer, au sein du titre relatif aux obligations, les définitions, jugées trop scolastiques, des différentes catégories de contrats⁷²³. Aussi, optent-ils pour une épuration des articles concernant les vices du consentement considérés comme trop peu pragmatiques⁷²⁴. Ensuite, le Code civil de 1866 compose une physionomie qui lui est propre et traduit les tendances particulières de la société bas-canadienne de l'époque. C'est ainsi que l'esprit du Code s'articule autour de l'individualisme, de l'autocratie (la figure paternelle est extrêmement dominante et autoritaire) et de la religion catholique⁷²⁵. Contrairement au Code de 1804, le Code civil du Bas-Canada – étranger aux profonds schismes de la Révolution française⁷²⁶ – reconnaît

BRIERLY (J.E.C.). « Quebec's Civil Law Codification : viewed and reviewed », *art. préc.*, p. 534 et s. ; **CARON (M.)**. « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », in *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil (I)*, BOUCHER (J.), MOREL (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1970, p. 6 ; **HOYLES (N.W.)**. « The Civil Code of the Province of Quebec », *Can. L. Times*, mars 1903, vol. 23, n° 3, p. 80 ; **PERRET (L.)**. « L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », *R.G.D.*, 1989, vol. 20, p. 722 ; **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », *art. préc.*, p. 54.

⁷¹⁹ **MIGNAULT (P.-B.)**. « Le Code civil au Canada », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, op. cit.*, p. 727 ; **BRIERLY (J.E.C.)**. « Quebec's Civil Law Codification : viewed and reviewed », *art. préc.*, p. 558 ; **NIORT (J.-F.)**. « “Notre droit civil...” : quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », *art. préc.*, p. 173 et s.

⁷²⁰ **CAIRNS (J.W.)**. « Employment in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », *R.D. McGill*, juill. 1987, vol. 32, n° 3, p. 677 ; **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 59-60.

⁷²¹ **MIGNAULT (P.-B.)**. « Le Code civil au Canada », *art. préc.*, p. 728.

⁷²² **SURVEYER (E.-F.)**. « La Province de Québec et le Code civil français », *R. L.*, 1906, n° 12, p. 15.

⁷²³ Premier rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles, p. 9 ; **ROY (F.)**. « Des contrats », in *Le droit civil français : livre-souvenir des journées du droit civil français*, 1937, Paris : Sirey, Montréal : Barreau du Québec, p. 263.

⁷²⁴ Premier rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles, p. 11.

⁷²⁵ **PERRET (L.)**. « L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », *art. préc.*, p. 722 ; **CARON (M.)**. « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », *art. préc.*, p. 10 ; **LARUE (R.)**. « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », *C. de D.*, mars 1993, vol. 34, n° 1, p. 11.

⁷²⁶ Il serait faux de croire que la Révolution française n'a eu aucun écho de l'autre côté de l'Atlantique. Les bouleversements qu'elle a entraînés ont bel et bien trouvé un écho parmi la population, et a eu des conséquences sur le système judiciaire alors en place (quoique limité, la Révolution française a été l'un des facteurs de la francisation du système judiciaire bas-canadien, alors entièrement composé de juristes britanniques et anglophones et, en conséquence, appliquant le droit de *common law* (V. part. **KNAFLA (L.A.)**. « The Influence of the French Revolution on Legal Attitudes and Ideology in Lower Canada, 1789-1798 », in *Le Canada et la Révolution française*, BOULLE (P.H.), LEBRUN (R.A.) (dir.), Montréal : Centre interuniversitaire d'Études européennes, 1989, p. 83)). Cependant, il faut constater que ces échos ont été très rapidement étouffés par les élites aussi bien britanniques que bas-canadiennes,

uniquement le mariage religieux⁷²⁷. Le divorce est ignoré ; seule la séparation de corps est reconnue. La famille gravite autour de la figure paternelle si bien que la femme mariée ne dispose d'aucune capacité juridique⁷²⁸ jusqu'à son émancipation en 1931⁷²⁹. Le droit de propriété est absolu si bien qu'à la différence du droit anglais, longtemps appliqué en la matière, la propriété mobilière est entièrement libérée. Adapté à une société encore majoritairement rurale, le Code civil du Bas-Canada est toutefois sensible aux avancées scientifiques et aux progrès industriels de ce milieu du XIX^e siècle. Pour accompagner ce mouvement, le Code civil du Bas-Canada se montre plus libéral que le Code Napoléon⁷³⁰.

110. La promotion d'un droit des obligations farouchement libéral.

La manifestation de cette philosophie libérale est particulièrement éclatante dans les dispositions du droit des obligations qui fut le premier titre sur lequel se penchèrent les commissaires à la codification. En effet, ce titre était considéré comme le plus important de tous par les commissaires⁷³¹. En conséquence, ils entamèrent le processus de codification en traitant, en premier lieu, des obligations. C'est que les commissaires croyaient que les autres aspects du Code – la famille, la propriété, les sûretés – dépendaient avant tout du droit des obligations⁷³² qui était d'un « niveau logique supérieur »⁷³³. Autrefois à la botte du

ainsi que par les membres du clergé alors très puissants au Québec. Ce silence autour de la Révolution française tient de deux choses. La première, le contexte bas-canadien particulier : les revendications de l'ancienne métropole divergent de celles des canadiens-français dont la priorité est de défendre et de conserver, coûte que coûte, leur langue, leur culture, leur héritage et leurs traditions. C'est ainsi que, deuxièmement, l'historiographie canadienne-française, sans pour autant nier l'existence de la Révolution, comme le fera l'historiographie britannique, va rattacher le peuple bas-canadien francophone à la France d'avant-Révolution dont la loyauté s'affiche à l'égard de la monarchie et de l'ancienne société (V. part. **WALLOT (J.-P.)**. « La Révolution française à travers les écrits canadiens, du XIX^e siècle à la Seconde Guerre mondiale », in *Le Canada et la Révolution française, op. cit.*, p. 15).

⁷²⁷ **PERRET (L.)**. « L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », *art. préc.*, p. 724.

⁷²⁸ **MIGNAULT (P.-B.)**. « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », *art. préc.*, p. 112 ; **ROY (F.)**. « Des contrats », *art. préc.*, p. 264 ; **LARUE (R.)**. « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », *art. préc.*, p. 24.

⁷²⁹ Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme, L.C. 1930-31, c. 101.

HOYLES (N.W.). « The Civil Code of the Province of Quebec », *art. préc.*, p. 87 et s. ; **PERRET (L.)**. « L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », *art. préc.*, p. 724.

⁷³⁰ **CARON (M.)**. « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », *art. préc.*, p. 11 ; **NIORT (J.-F.)**. « “Notre droit civil...” : quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », *art. préc.*, p. 180.

⁷³¹ **MIGNAULT (P.-B.)**. « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », *art. préc.*, p. 106 ; **LARUE (R.)**. « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », *art. préc.*, p. 13.

⁷³² **LARUE (R.)**. « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », *art. préc.*, p. 13.

⁷³³ *Ibid.*, p. 17.

droit fondamental de propriété⁷³⁴, ou ne servant qu'à collecter les dettes⁷³⁵, le droit des obligations est enfin apprécié comme la source première de stabilité de la société et comme l'outil indispensable d'accès à la propriété⁷³⁶. L'objectif des commissaires était donc d'édicter des dispositions qui puissent faciliter à la fois cette acquisition mais aussi la circulation des biens⁷³⁷. Partant, les codificateurs bas-canadiens s'éloignèrent de la conception humaniste du droit civil français pour défendre et promouvoir une conception contractualiste basée sur « l'obligation comme mode de liaison des individus »⁷³⁸. Cette représentation des relations humaines alimente et explique l'individualisme exacerbé qui imprègne le droit des obligations de 1866. Inspirés du constat suivant lequel la société bas-canadienne était concentrée autour du commerce et d'une économie florissante⁷³⁹, les commissaires tenaient la volonté comme synonyme de « puissance juridique assez absolue »⁷⁴⁰. Le contrat était donc considéré comme le support de droits inviolables. La sécurité des rapports juridiques était, en tout état de cause, une priorité pour les codificateurs⁷⁴¹.

111. Le rejet catégorique de la lésion entre majeurs. C'est ainsi que les commissaires à la codification s'éloignèrent considérablement du Code Napoléon en refusant catégoriquement de reconnaître la rescision pour lésion aux majeurs dans certains cas particuliers. Le Code civil des français prévoyait à son article 1313 une dérogation à l'article 1118⁷⁴² en disposant que : « Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimées dans le présent Code », à savoir,

⁷³⁴ **YOUNG (B.)**. *The Politics of Codification : The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montreal, Kingston, London, Buffalo : Osgoode Society for Canadian Legal History / McGill-Queen's University Press, 1994, p. 165 et s.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 162.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 158.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ *Ibid.* ; **ROY (F.)**. « Des contrats », *art. préc.*, p. 262.

⁷³⁹ **GREGOIRE (M.A.)**. « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, p. 24 ; **LARUE (R.)**. « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », *art. préc.*, p. 14 ; **NIORT (J.-F.)**. « "Notre droit civil..." : quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », *art. préc.*, p. 180 ; **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », *art. préc.*, p. 54.

⁷⁴⁰ **TRUDEL (G.)**. « La volonté dans les actes juridiques », in *Le droit dans la vie économique-sociale, Livre du centenaire du Code civil (II)*, BOUCHER (A.), MOREL (A.), Montréal : PUM, 1970, p. 230.

⁷⁴¹ **LARUE (R.)**. « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », *art. préc.*, p. 14 ; **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », *art. préc.*, p. 44.

⁷⁴² Art. 1118 C.N. : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ».

notamment, la vente au plus des sept douzièmes de la valeur réelle d'un immeuble⁷⁴³. Ce n'est pas faute pour les codificateurs bas-canadiens de s'être attardés sur cette dérogation et de l'avoir reprise dans la première mouture du Code civil du Bas-Canada⁷⁴⁴. En complément de l'article 20 (22) qui disposait que : « La lésion n'est une cause de nullité des contrats que dans certains cas et à l'égard de certaines personnes, tel qu'expliqué dans cette section »⁷⁴⁵, l'article 31 (33) précisait, dans son deuxième alinéa, que : « Les majeurs sont restituables pour cause de lésion : 2- dans les ventes d'immeubles, lorsque la lésion excède la moitié de la juste valeur, c'est-à-dire lorsque le prix stipulé est moindre que la moitié de la valeur de la propriété »⁷⁴⁶. Or, dans le rapport final, les commissaires proposent un amendement à l'article sus-cité. Ils estiment qu' : « il n'y a aucun motif valable, dans un pays comme celui-ci, où la propriété foncière se transfère si facilement et est un objet de spéculation quotidienne, de donner à une personne dans l'exercice absolu de ses droits la faculté de se faire restituer contre son imprudence, dans cette espèce de contrat que dans tout autre »⁷⁴⁷. Selon les commissaires, cette règle violerait « l'intégrité des contrats sur laquelle [ils] ont spécialement insisté dans tout le cours de ce titre [...] »⁷⁴⁸. « En 1866, la "loi du plus fort" devient la loi du pays »⁷⁴⁹. C'est ainsi que l'article 1012 du Code civil du Bas-Canada dispose, dans sa version finale, que : « Les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement »⁷⁵⁰. En adoptant une telle position, les codificateurs bas-canadiens refusent de reconnaître la lésion comme un principe d'équité destiné à corriger une « égalité blessée »⁷⁵¹. Le volontarisme est absolu, et la liberté contractuelle, complète et « immuable »⁷⁵². Si la justice commutative est conçue de façon plus libérale dans le Code civil du Bas-Canada que dans le Code Napoléon, la justice contractuelle, entendue comme principe destiné à protéger les parties faibles – hormis les mineurs et majeurs en incapacité –, est inexistant. Dès lors, la codification bas-canadienne

⁷⁴³ Art. 1674 C.N. : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ».

⁷⁴⁴ Premier rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles, p. 13.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 42.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 44-46.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 76.

⁷⁵⁰ Acte concernant le Code civil du Bas-Canada, L.C. 1865, c. 41, p. 176 et p. 178.

⁷⁵¹ **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », *art. préc.*, p. 52-53.

⁷⁵² **GREGOIRE (M.A.)**. « L'équité au service du consommateur », *art. préc.*, p. 23.

se veut en totale rupture avec la codification française qui laissait tout de même s'exprimer le principe de la lésion, voire même, sous l'influence de l'ancien droit, reconnaissait un principe général d'équité⁷⁵³. Pour une œuvre jugée traditionaliste, le refus des codificateurs bas-canadiens équivaut à un véritable « carambolage »⁷⁵⁴ aux yeux de Trudel. « Serait-ce que malgré cette fidélité au passé que tous proclamaient, écrit l'auteur, les esprits étaient subjugués par cette puissance de l'intelligence humaine que l'on exaltait dans la philosophie et dont les réussites scientifiques récentes [...] laissaient entrevoir des possibilités infinies »⁷⁵⁵. Finalement, moins qu'un respect aveugle à la codification française, il s'agit plutôt d'une rupture franche avec le Code Napoléon⁷⁵⁶.

112. Une conception classique de l'égalité formelle. L'égalité promue dans le Code bas-canadien est typiquement celle instaurée par le modèle libéral-bourgeois construit sur le capitalisme naissant⁷⁵⁷. Partant, les commissaires prônent une égalité axée sur une « logique marchande de la socialisation »⁷⁵⁸. Ces derniers ne s'en cachent pas. Pour preuve, l'ancien article 1134 du Code civil français ne trouve aucune équivalence directe dans le Code civil bas-canadien bien que l'on puisse y trouver une similitude à l'article 1022 qui dispose que : « Les contrats produisent des obligations et quelquefois ont pour effet de libérer de quelque autre contrat, ou de le modifier./ Ils ont aussi, en certains cas, l'effet de transférer le droit de propriété./ Ils ne peuvent être résolus que du consentement des parties, ou pour les causes que la loi reconnaît ». Les commissaires estimèrent que la reprise mot pour mot de l'article 1134 relevait du truisme juridique, affirmant ainsi leur foi profonde dans le principe de la liberté contractuelle qui avait tout de l'évidence⁷⁵⁹. L'égalité et le principe de l'équilibre des prestations dans lesquelles avaient foi les commissaires bas-canadiens animent l'esprit du droit des obligations de l'époque qui devait refléter la réalité socio-économique du Bas-Canada du milieu du XIX^e siècle⁷⁶⁰. Cette croyance, fondée à la

⁷⁵³ **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 73.

⁷⁵⁴ **TRUDEL (G.)**. *Lésion et contrat*, Montréal : PUM, 1965, p. 35.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ *Ibid.* V. égal. **MASSE (C.)**. *Ibid.*, p. 74 : « La codification a non seulement empêché cette évolution, elle en a aussi détruit les acquis ».

⁷⁵⁷ **LARUE (R.)**. « Code Napoléon et codification des lois civiles au Bas-Canada : Notes sur le problème de l'égalité », in *Le Canada et la Révolution française, op. cit.*, p. 148.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 155.

⁷⁵⁹ **CAIRNS (J.W.)**. « Employment in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », *art. préc.*, p. 681-682.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 684.

fois sur une pure intuition et un simple constat⁷⁶¹, explique que la liberté contractuelle et la sécurité des conventions soient les principales préoccupations des commissaires.

Ce constat est d'autant plus alarmant que le Code civil du Bas-Canada a été rédigé et adopté pour un Bas-Canada qui connaissait une industrialisation croissante de son économie. Au départ, et suite à l'arrivée des premiers colons français, l'économie bas-canadienne était concentrée autour des familles qui habitaient en campagne et évoluaient en autarcie⁷⁶². Petits producteurs, elles vivaient de la vente de leurs cultures ou du don. La conquête anglaise ouvre une nouvelle ère économique fondée sur l'industrialisation naissante et l'urbanisation massive⁷⁶³. Autrefois indépendants, les petits producteurs des campagnes – presque tous francophones – durent s'en remettre aux marchands – en majorité anglophones – pour assurer la vente de leurs produits. L'essor de l'industrie (textile, chemins de fer, papier) entraîna une contractualisation accrue des relations entre patrons et ouvriers qui ne bénéficièrent pas, pour autant, d'un statut protecteur⁷⁶⁴. Comment pouvait-il en être autrement lorsque le principe de la liberté contractuelle régnait en maître au sein du droit des obligations ? De fait, « le Code civil de 1866 est d'abord un projet social qui entend asseoir définitivement les bases du capitalisme industriel alors naissant au Québec » en renfermant en son sein « tous les éléments de l'assujettissement économique et social qui marquera l'immense majorité de la population québécoise pendant plus d'un siècle »⁷⁶⁵. S'attendre à ce que les codificateurs fassent référence au contrat d'adhésion aurait été quelque peu irréaliste quand on sait que la notion ne sera inventée que quelques années plus tard. Cependant, il ne fait pas de doute que les commissaires à la codification avaient conscience de la contractualisation des relations entre travail et capital, et que ce phénomène ne se faisait pas forcément à l'avantage des ouvriers⁷⁶⁶. Il est improbable que les codificateurs n'aient pas « clairement perçu les conséquences sociales des nouvelles règles du jeu contractuel »⁷⁶⁷. Au contraire, tout porte à croire qu'ils aient consciemment choisi de ne pas tenir compte de cette situation inédite – à l'exception du

⁷⁶¹ **YOUNG (B.)**. *The Politics of Codification : The Lower Canadian Civil Code of 1866*, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁶² **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 62-63.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 64-65.

⁷⁶⁴ **CAIRNS (J.W.)**. « Employment in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », *art. préc.*, p. 687.

⁷⁶⁵ **MASSE (C.)**. *Ibid.*, p. 60.

⁷⁶⁶ **CAIRNS (J.W.)**. *Ibid.*, p. 692.

⁷⁶⁷ **MASSE (C.)**. *Ibid.*, p. 67.

chapitre sur le contrat de louage, repris du Code Napoléon⁷⁶⁸ – et qu'ils aient préféré faire prévaloir le libéralisme économique⁷⁶⁹.

113. Cette conception farouchement libérale des relations contractuelles va perdurer sans trop de remous jusqu'au krach boursier de 1929⁷⁷⁰. À partir de cette crise économique sans précédent, la doctrine québécoise va commencer à s'interroger sur le bien-fondé d'une telle philosophie qu'elle va, petit à petit, remettre en cause. C'est alors que vont fleurir, timidement d'abord, puis un peu plus hardiment, les premières mesures d'équité au sein du droit des contrats bas-canadien.

B. L'expression de la justice contractuelle dans le droit civil québécois des années 1940-1950

114. La signification donnée à la justice contractuelle va progressivement évoluer grâce à l'introduction graduelle, mais lente, de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle (1.). C'est à cette même époque que vont se multiplier les allusions au contrat d'adhésion. Toutefois, ces dernières resteront brèves et très furtives (2.).

1. La lente reconnaissance de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle

115. *Le scepticisme québécois.* L'acceptation de la théorie de l'abus de droit en droit québécois se fit d'abord timide et son application, lente par la doctrine et les juridictions québécoises⁷⁷¹. Aujourd'hui encore, la réception de la théorie est discutée et ne convainc pas tous les auteurs de doctrine⁷⁷². Cette hésitation tient à deux raisons. La première, et c'est ici que l'on prend pleinement conscience que le droit civil québécois est au carrefour de deux traditions juridiques, est l'influence sensible de la *common law*⁷⁷³ qui se traduit dans une décision de justice rendu en Grande-Bretagne par la Chambre des Lords en 1895 : l'arrêt *Mayor of Bradford v. Pickles*⁷⁷⁴. Le propriétaire d'un terrain avait intercepté des eaux

⁷⁶⁸ CAIRNS (J.W.). *Ibid.*, p. 692.

⁷⁶⁹ MASSE (C.). *Ibid.*, p. 66.

⁷⁷⁰ TRUDEL (G.). « La volonté dans les actes juridiques », *art. préc.*, p. 230.

⁷⁷¹ BARCELO (J.). « Les abus de droit », *R.J.T.*, oct. 1954, vol. 5, n° 13, p. 39.

⁷⁷² MOYSE (P.-E.). « L'abus de droit : l'anténorme – Partie II », *R.D. McGill*, sept. 2012, vol. 58, n° 1, p. 12-13.

⁷⁷³ ANGUS (D.). « Abuse of rights in contractual matters in the Province of Quebec », *R.D. McGill*, 1962, vol. 8, n° 2, p. 154 ; CARDINAL (J.-G.). « L'abus de droit », *R. du N.*, 1968, vol. 70, p. 500 ; MOYSE (P.-E.). « L'abus de droit : l'anténorme – Partie II », *art. préc.*, p. 15-16.

⁷⁷⁴ *Mayor of Bradford v. Pickles*, (1895) A.C. 587 (H.L.).

souterraines afin, selon le motif invoqué, de procéder à une excavation sur son fonds. En réalité, ledit propriétaire cherchait à détourner l'écoulement des eaux du fonds voisin qui sinon aurait alimenté le réservoir d'eau de ce dernier. Le premier propriétaire souhaitait ainsi faire pression sur son voisin pour que ce dernier achète son terrain au prix demandé. Lord Watson, juge de l'affaire, décida que : « Nul usage de propriété qui serait licite s'il s'inspirait d'un bon motif ne devient illicite parce que le motif serait condamnable ou même malicieux »⁷⁷⁵. Quelques années plus tard, le même juge affirmera que : « Le droit anglais ne prend pas en considération la motivation comme élément constituant de la faute civile »⁷⁷⁶. Cette décision, critiquée aussi bien en Angleterre⁷⁷⁷ qu'au Québec⁷⁷⁸ pour son libéralisme débridé et son égoïsme aveugle, n'aurait malheureusement pas été différente si une pareille situation était survenue au Québec étant donné que le droit de propriété, défini à l'article 406 du Code civil du Bas-Canada, était considéré comme absolu⁷⁷⁹.

La seconde raison qui explique le scepticisme québécois face à la théorie de l'abus de droit est l'influence exercée par Planiol qui considérait que l'abus de droit commence là où le droit s'arrête⁷⁸⁰. Ainsi, celui qui commet un abus agit sans droit, agit dans le non-droit. Partant, les auteurs québécois ont rattaché la sanction de cet abus à la responsabilité civile⁷⁸¹. Barcelo reprend la définition donnée par Jacques Perreault prononcée lors d'un Congrès Capitant : « ... il me semble que l'on ne puisse pas justifier en théorie la classification d'une série d'actes constitutifs de responsabilité en une catégorie appelée abus de droit. Commode en pratique, cette expression, en réalité, ne désigne pas une nouvelle source d'obligations,

⁷⁷⁵ **MIGNAULT (P.-B.)**. « L'abus des droits », *U. of T. L. J.*, 1940, vol. 3, n° 2, p. 363 (pour la traduction).

⁷⁷⁶ **BROSSARD (A.)**. « The Law of Torts in Quebec », *R.J.T.*, déc. 1955, vol. 6, n° 8, p. 84.

⁷⁷⁷ **GUTTERIDGE (H.C.)**. « Abuse of rights », *Camb. Law J.*, 1933, vol. 5, n° 1, p. 22 : bien qu'il ne soit pas un fervent partisan de l'introduction de la théorie de l'abus de droit en droit anglais (p. 42 et s.), l'auteur estime la solution rendue par la Chambre des Lords comme choquante et égoïste, qui ne trouve aucune justification dans l'esprit libéral du droit anglais.

⁷⁷⁸ **MIGNAULT (P.-B.)**. « L'abus des droits », *art. préc.*, p. 363 : l'auteur estime que la justification de Lord Watson, suivant laquelle il est impossible de sonder les cœurs des Hommes et, partant, de connaître leurs intentions, est erronée et qu'il est tout à fait possible de tenir compte du motif de l'agent qui est loin d'être indifférent (à noter que l'auteur semble avoir changé son fusil d'épaule depuis son article paru en 1927 dans la Revue du Barreau canadien : **MIGNAULT (P.-B.)**. « The Modern Evolution of Civil Responsibility », *R. du B. Can.*, janv. 1927, vol. 5, n° 1, p. 12) ; **MAYRAND (A.)**. « L'abus des droits en France et au Québec », *R.J.T.*, 1974, vol. 9, n° 3, p. 324 : l'auteur est également critique de la décision rendue par Lord Watson, et écrit à ce propos que : « la difficulté de prouver l'intention malicieuse n'est pas un argument valable [...] ». Il prend l'exemple du droit pénal qui tient compte de la « mens rea », c'est-à-dire de l'intention de la personne.

⁷⁷⁹ **MIGNAULT (P.-B.)**. « L'abus des droits », *art. préc.*, p. 363.

Art. 406 C.c.B.-C. : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

⁷⁸⁰ **BARCELO (J.)**. « Les abus de droit », *art. préc.*, p. 32.

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 35 ; **MIGNAULT (P.-B.)**. « L'abus des droits », *art. préc.*, p. 365.

mais, si je puis m'exprimer ainsi, qu'un sous-groupement de délits et de quasi-délits »⁷⁸². Mignault, qui décrit une fourchette de droits potentiellement abusés, démontre que la jurisprudence québécoise retient constamment la faute du titulaire du droit qui, en abusant de ce dernier, engage sa responsabilité civile et se voit dans l'obligation de réparer le dommage subi par la victime en indemnisant cette dernière⁷⁸³.

116. L'affaire Quaker Oats Co. of Canada : arrêt fondateur. L'introduction de la théorie de l'abus de droit au sein du droit québécois se fit à double vitesse. Alors que le droit de propriété devenait, petit à petit, le terreau fertile à l'émancipation de la théorie⁷⁸⁴, l'accueil se fit plus difficile en matière contractuelle dont le caractère libéral, auquel étaient farouchement attachés la doctrine et la jurisprudence, ressemblait à une « forteresse imprenable »⁷⁸⁵, et où la liberté contractuelle était considérée comme un droit civil fondamental⁷⁸⁶. Ce discours contractuel se reflète admirablement dans l'arrêt *Quaker Oats Co. of Canada Ltd c. Côté*⁷⁸⁷ rendu par la Cour d'appel du Québec, autrefois appelée la Cour du Banc du Roi, en 1949. Arrêt de principe, la motivation rapportée par les juges illustre toute la confusion des juristes québécois quant à la portée à donner à la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle⁷⁸⁸. Côté commença à travailler pour Quaker Oats Co., devenue ensuite Quaker Oats Co. of Canada, à titre de mandataire en 1918. Le premier contrat fut signé en 1926, les deux suivants en 1931 et 1943. Ce dernier contrat contenait

⁷⁸² **BARCELO (J.)**. *Ibid.*, p. 40.

⁷⁸³ **MIGNAULT (P.-B.)**. « L'abus des droits », *art. préc.*, p. 366 et s.

⁷⁸⁴ Au départ, les juges québécois sanctionnèrent les troubles du voisinage sur le terrain de la responsabilité civile : (*Drysdale c. Dugas*, (1897) 26 S.C.R. 20 ; *Cimon c. Bouchard*, (1919) R.J. 308 ; *Paper Co. c. Brown*, (1922) 63 R.C.S. 243). Puis, ils accueillirent la théorie de l'abus de droit (*Brodeur c. Choinière*, [1945] C.S. 334 ; *Blais c. Giroux*, (1958) C.S. 569 ; *Laperrrière c. Lemieux*, (1958) C.S. 228 (v. **CARDINAL (J.-G.)**. « L'abus de droit », *art. préc.*, p. 493-495) ; *Air-Rimouski Ltée c. Gagnon*, [1952] C.S. 149 (**LAFOND (P.-C.)**. « L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins », *R.J.T.*, 1999, vol. 33, n° 2, p. 225, spéc. p. 248)) qui fut, selon nous, et malgré les réserves exprimées par certains auteurs (**MOYSE (P.-E.)**. « L'abus de droit : l'anténorme – Partie II », *art. préc.*, p. 20), reprise par la Cour suprême du Canada qui ne remit jamais en cause l'application de la théorie de l'abus en matière de propriété (*Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 C.S.C 64 (CanLII), [2008] 3 R.C.S. 392, j. LeBel et Deschamps). L'admission de la théorie de l'abus de droit eut pour effet bénéfique d'injecter plus de moralité dans les rapports de propriété, et eut pour conséquence de redécouvrir le principe de bonne foi en droit québécois (**NADEAU (A.)**. « Case and comment », *R. du B. Can.*, mai 1947, vol. 25, n° 5, p. 514 ; **ROSENBERG (G.A.)**. « The notion of good faith in the civil law of Quebec », *R.D. McGill*, 1960, vol. 7, n° 1, p. 20 et s.). Certains auteurs sont même convaincus que l'application de la théorie de l'abus de droit en matière de troubles du voisinage constitue un véritable tremplin pour la réception de ladite théorie en matière contractuelle. En ce sens, la solution de l'arrêt *Air-Rimouski* compte parmi les premiers fondements de l'arrêt *Houle* rendu à la fin des années 1980 (**ARBOUR (M.-A.)**, **RACINE (V.)**. « Itinéraires du trouble du voisinage dans l'espace normatif », *C. de D.*, juin 2009, vol. 50, n° 2, p. 327, spéc. p. 337).

⁷⁸⁵ **MAYRAND (A.)**. « L'abus des droits en France et au Québec », *art. préc.*, p. 332.

⁷⁸⁶ **ANGUS (D.)**. « Abuse of rights in contractual matters in the Province of Quebec », *art. préc.*, p. 150.

⁷⁸⁷ *Quaker Oats Co. of Canada Ltd c. Côté*, (1949) B.R. 389.

⁷⁸⁸ **ANGUS (D.)**. *Ibid.*, p. 152-153.

une clause permettant aux deux parties de résilier unilatéralement le contrat à condition de respecter un préavis de soixante jours. Le 29 juillet 1944, la société Quaker Oats exerça son droit de rompre le contrat. Le 30 août 1944, Côté fit également savoir à son mandant, qu'à compter du 30 septembre de la même année, il quitterait ses fonctions de mandataire. Ce dernier intenta ensuite un procès contre son ancien mandant pour rupture abusive du contrat et réclama le versement de 16.000 dollars à titre de dommages et intérêts pour délit. Les cinq juges instruits de l'affaire s'accordèrent tous sur le fait que la théorie de l'abus de droit ne trouve pas application au cas d'espèce car l'entreprise n'a pas exercé son droit de résiliation unilatérale avec intention de nuire ou avec une quelconque malice. Elle a parfaitement exercé son droit au regard de la stipulation insérée dans le contrat qui permettait aux deux parties de mettre un terme à la relation contractuelle.

Le point de divergence entre les juges portait sur la reconnaissance et, le cas échéant, l'introduction de la théorie de l'abus de droit en droit des contrats québécois. Les juges St-Jacques et Surveyer ne se prononcèrent pas clairement. Du moins, ils écartèrent la discussion en affirmant que rien dans la preuve apportée par les parties ne permettait de se prononcer sur l'existence d'un éventuel abus de droit⁷⁸⁹. Le juge en chef Létourneau accueillit la théorie en matière contractuelle à condition que la mauvaise foi, identifiée par une intention de nuire, une méchanceté, ou une malveillance, soit avérée⁷⁹⁰. Enfin, les juges Marchand et Galipeault rejetèrent catégoriquement l'introduction de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle⁷⁹¹. Perrault, qui tente d'apporter un élément de réponse à ce dilemme, estime que la théorie de l'abus de droit n'a pas sa place en droit des contrats au motif que : « Le Code civil québécois, reconnaissant la liberté des conventions, permet des recours suffisants en matière de contrats »⁷⁹². L'auteur s'interroge ensuite : « N'y a-t-il pas exagération à remettre au juge un contrôle sur l'exercice des droits du créancier et à lui

⁷⁸⁹ « Il ne peut pas être question, ici, d'abus de droit, car rien dans la preuve, écrite et orale, ne peut permettre de conclure que la défenderesse ait usé méchamment ou malicieusement de la faculté conventionnelle qu'elle avait de résilier le contrat » (motivation reprise de l'article de Perrault : **PERRAULT (A.)**. « La critique des arrêts – la théorie de l'abus des droits », *R. du B.*, oct. 1949, t. 9, n° 8, p. 363).

⁷⁹⁰ « Non que je veuille méconnaître la théorie “des abus du droit” sur laquelle on a tant insisté, d'abord au jugement a quo et ensuite au mémoire et à l'argumentation du demandeur. Cette théorie existe sans aucun doute dans notre droit et je crois même qu'on puisse y recourir en matière d'inexécution d'obligation. Mais encore y faudrait-il cet élément essentiel sur lequel se fonde l'auteur Josserand, si abondamment invoqué et cité en faveur de la demande, à savoir que “la procuracion lui (demandeur) ait été retirée de façon malveillante, vexatoire ou intempesive”, ou encore que la défenderesse eût “exercé méchamment” ses droits » (p. 363).

⁷⁹¹ « Au surplus, en loi, j'estime qu'il faut en venir à la conclusion que la thèse du demandeur préconisant la théorie de l'abus des droits en matière contractuelle ne saurait être admise dans notre droit » (p. 364).

⁷⁹² **PERRAULT (A.)**. « La critique des arrêts – la théorie de l'abus des droits », *art. préc.*, p. 377.

confier la discrétion de décider s'il était utile ou non pour le créancier de les exercer ? »⁷⁹³. A ses yeux, c'est au législateur d'intervenir sur une telle problématique (en modifiant peut-être l'article 1012 du C.c.B.-C. concernant la lésion entre majeurs ?⁷⁹⁴). Quoiqu'il en soit, la décision fera jurisprudence et sera scrupuleusement appliquée par les juges québécois. C'est ainsi, comme le relève Mayrand⁷⁹⁵, que les cours québécoises ont reconnu le droit pour un employeur de mettre unilatéralement fin au contrat de travail⁷⁹⁶, ou encore le droit pour un locateur de résilier le contrat de bail avec un préavis de vingt-quatre heures⁷⁹⁷. Dans les deux cas, les titulaires ont pleinement pu exercer leur droit sans voir leur responsabilité être engagée. La théorie de l'abus de droit était donc systématiquement rejetée.

117. Une progression à petits pas. L'arrêt *Drożdżinoki c. Zema*⁷⁹⁸ laissa entrevoir une lueur d'espoir pour l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle. L'affaire opposait un bailleur à son locataire. Ce dernier demanda, par écrit, l'autorisation au locateur de sous-louer son logement eu égard à la clause stipulée dans le contrat de bail qui interdisait au locataire de sous-louer l'habitation sauf permission écrite du locateur. Ce dernier s'y opposa au motif que le preneur à bail refusait de payer une augmentation de loyer. Le juge Batshaw se prononça en faveur du locataire, caractérisant l'intention de nuire du bailleur. Selon le juge, ce dernier ne pouvait raisonnablement retenir son consentement et refuser la sous-location demandée parce qu'il désirait une augmentation de loyer⁷⁹⁹.

Comme le souligne Angus, il est essentiel de reconnaître que les droits contractuels ne sont pas totalement absolus, ou du moins ne peuvent plus être pensés comme absolus comme cela était le cas autrefois⁸⁰⁰. L'évolution de la société et de ses besoins force le droit civil à se renouveler et l'invite à protéger les droits de chacun⁸⁰¹. Le pas sera définitivement franchi par la Cour suprême du Canada qui fera une application motivée de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle dans l'arrêt *Houle*⁸⁰². Cette prise de position participe

⁷⁹³ **PERRAULT (A.)**. « La critique des arrêts – la théorie de l'abus des droits », *art. préc.*, p. 378.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ **MAYRAND (A.)**. « L'abus des droits en France et au Québec », *art. préc.*, p. 336-337.

⁷⁹⁶ *Banque provinciale du Canada c. Martel*, (1959) B.R. 278.

⁷⁹⁷ *Trottier c. McColl Frontenac Oil Co. Ltd.*, (1953) B.R. 497.

⁷⁹⁸ *Drożdżinoki c. Zema*, (1954) C.S. 163.

⁷⁹⁹ **ANGUS (D.)**. « Abuse of rights in contractual matters in the Province of Quebec », *art. préc.*, p. 153.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 157.

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 158.

⁸⁰² V. *infra* n° 273.

de la construction de l'idée de « nouvelle moralité contractuelle » qui, sous une expression saisissante quoique inadaptée⁸⁰³, prend acte du bouleversement qui affecte le droit des contrats québécois contemporain⁸⁰⁴. Nous prendrons le temps de revenir sur cette décision et cette « nouvelle moralité contractuelle » plus bas dans nos développements.

118. Bien que le contrat d'adhésion ne soit pas explicitement mentionné comme élément déclencheur de la réception de la théorie de l'abus de droit au sein du droit civil canadien, la notion n'est pas pour autant inconnue de la doctrine et de la jurisprudence québécoises. Cependant, loin d'être l'objet de longues études détaillées, le contrat d'adhésion fait uniquement l'objet d'allusions.

2. Les premières allusions au contrat d'adhésion

119. *Des évocations furtives.* Alors qu'il était encore inexistant à l'heure de l'adoption du Code civil du Bas-Canada, le contrat d'adhésion, une fois venu au monde, traversa l'Atlantique pour se retrouver sur les pages de la doctrine civiliste ou dans les décisions de justice. Contrairement au droit français, son arrivée fut tardive si bien que les premières allusions au contrat d'adhésion apparaissent durant les années 1940. Jamais ces évocations, il faut le rappeler, ne démontrent le lien qui aurait pu y avoir entre les altérations de la lecture classique de la justice contractuelle (entendre : limitée à garantir l'équivalence des prestations) et le contrat d'adhésion. Cela ne veut pas pour autant dire que le contrat d'adhésion était inconnu de la doctrine et de la jurisprudence. Une première mention sera faite dans l'article de Pierre-Basile Mignault relatif aux abus des droits que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer. Alors qu'il s'interroge sur la question de l'abus du droit de contracter ou de ne pas contracter, l'auteur pense, d'abord et avant tout, aux personnes disposant de leur pleine capacité de contracter et de jouir de leurs droits⁸⁰⁵. En toute logique, il exclut donc les personnes à capacité limitée, à savoir les mineurs et les majeurs protégés. « Pour les autres, en principe, c'est un usage indiscutable de cette liberté individuelle que de pouvoir dire oui ou non quand il est question de contracter », écrit l'auteur⁸⁰⁶. Toutefois, Mignault apporte une nuance à cette évidence : « Je dis en principe, car la liberté individuelle

⁸⁰³ V. *infra* n^{os} 283 et s.

⁸⁰⁴ V. *infra* n^{os} 295 et s.

⁸⁰⁵ **MIGNAULT (P.-B.)**. « L'abus des droits », *art. préc.*, p. 381.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 382.

peut se trouver restreinte soit par l'utilité générale, soit par une offre de contracter adressée au public ou à une personne déterminée, soit encore à raison de la profession exercée par l'une des parties »⁸⁰⁷. Après avoir relaté le cas de l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'auteur traite de « ce qu'on appelle quelquefois le contrat d'adhésion » qu'il perçoit comme une entrave à la liberté de contracter ou de ne pas contracter⁸⁰⁸. Une simple évocation est également faite par Perrault dans son commentaire de l'arrêt *Quaker Oats*. Alors qu'il se demande s'il est opportun d'étendre la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, Perrault est convaincu que certains contrats tomberaient sous le couperet de la théorie. Cependant, pour ces contrats particuliers – contrats contraire à l'ordre public, contrat de société, contrat conclu par un mineur –, le Code civil du Bas-Canada y apportent déjà des réponses jugées suffisantes pour l'auteur⁸⁰⁹. Mais qu'en est-il des autres conventions, se demande-t-il ? De celles qui se développent en marge des dispositions législatives ? A ce titre, Perrault cite les contrats d'assurance, les conventions collectives... et le contrat d'adhésion⁸¹⁰. Ces nouvelles créations de la pratique contractuelle bouleversent le droit du contrat et l'ordre social placé sous la tutelle du Code civil⁸¹¹. C'est alors que l'auteur offre un élément de réponse à l'interrogation posée. L'on s'en souvient, Perrault refuse de voir la théorie de l'abus de droit être appliquée en matière contractuelle. En effet, il estime que le droit des contrats contient assez de dispositions susceptibles de corriger les effets indésirables de tout abus de droit. Dès lors, la théorie de l'abus de droit ne s'appliquerait même pas au contrat d'adhésion qui resterait soumis aux dispositions du droit des contrats prévues dans le Code civil du Bas-Canada.

120. Les premières définitions. Outre ces quelques allusions retrouvées dans quelques articles précédemment étudiés, le contrat d'adhésion est mentionné dans les traités de droit civil, et notamment celui de Gérard Trudel publié en 1946⁸¹². Selon lui, le contrat d'adhésion des temps modernes s'apparente à la sollicitation de l'ancien temps en ce qu'il propose une offre faite à une foule de personnes. Partant, pour que le contrat soit conclu, encore faut-il qu'une personne sorte de cette foule et exprime un consentement individuel. C'est ainsi

⁸⁰⁷ MIGNAULT (P.-B.). « L'abus des droits », *art. préc.*, p. 382.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ PERRAULT (A.). « La critique des arrêts : la théorie de l'abus des droits », *art. préc.*, p. 370.

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² TRUDEL (G.). *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal : Wilson & Lafleur, 1946, p. 54 et s.

qu'il propose la définition suivante : « Nés du développement des grandes entreprises et imposés par les services monopolisés, ces contrats consistent dans des documents écrits, préparés et techniquement signés à l'avance par ces entreprises »⁸¹³. « Toute personne qui veut bénéficier du service de ces corporations, ajoute-t-il, doit signer ce contrat, ou y adhérer tacitement par le fait d'utiliser le service de l'offrant. Le choix du public se borne à consentir au contrat ou à ne pas jouir d'une utilité souvent indispensable, dans notre standard de vie », conclut l'auteur⁸¹⁴. Cette définition n'est pas sans rappeler celle énoncée quelques années plus tôt par le juge Trahan dans l'arrêt *Berthiaume c. Great West Life*⁸¹⁵. Le juge y opposait les « contrats ordinaires », c'est-à-dire négociés, au contrat d'adhésion conclu, en l'espèce, entre une compagnie d'assurance et un particulier. Le juge releva que la compagnie d'assurance détenait un monopole de droit ou de fait lui conférant une situation économique supérieure et lui permettant de faire, seule, la loi du contrat. L'autre partie ne pouvait que « purement et simplement adhérer aux conditions imposées par la compagnie d'assurance », c'est-à-dire qu'elle n'avait pas « d'autre choix que de soumettre aux conditions imposées par la compagnie d'assurance ou de ne pas s'assurer ».

121. Nous le constatons, la conception de la justice contractuelle évolue en marge de la théorie classique du droit des contrats qui fait encore l'objet de tous les respects et de tous les honneurs de la part de la doctrine, mais surtout de la jurisprudence. Son lien avec le contrat d'adhésion est encore peu évident en ce que ce dernier n'apparaît qu'aux frontières des platebandes de la théorie du contrat. La doctrine et la jurisprudence québécoises ne lui portent que trop peu d'intérêt si bien qu'elles n'exploitent pas le potentiel qu'a la notion de contrat d'adhésion d'enrichir le sens du principe de justice contractuelle et à promouvoir son élargissement, du moins pas encore. Le discours contractuel québécois va définitivement changer de ton à l'aube des années 1960 qui vont profondément marquer le droit civil canadien.

⁸¹³ TRUDEL (G.). *Traité de droit civil du Québec, op. cit.*, p. 55-56.

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ *Berthiaume c. Great West Life*, (1942) 48 R.J. 16, v. spéc. p. 29 pour la motivation du juge Trahan.

§ 2 : Le Code civil du Bas-Canada, relais juridique déphasé des valeurs sociales d'une époque moderne

122. Le constat est sans appel : le Code civil du Bas-Canada ne répond plus aux besoins de la société québécoise. Les valeurs qu'il véhicule ne sont plus en phase avec celles partagées par la population. L'heure de sa réforme a sonné. Comme toute codification digne de ce nom, la recodification du Code civil du Bas-Canada a été tributaire d'une impulsion politique forte et convaincue de sa nécessité. Dès lors, ses débuts sont intimement liés au contexte politique québécois de la fin des années 1950, et plus particulièrement du début des années 1960. De fait, le Québec vit une transition politique dont les conséquences créeront des turbulences au sein du droit civil québécois et de la communauté juridique qui le porte (A.). Cette mouvance ne laissera pas intact le droit des contrats qui a vu son discours être quelque peu altéré par les oscillations successives que nous avons étudiées précédemment. Auparavant simple allusion, le contrat d'adhésion va progressivement mais profondément infiltrer le discours contractuel pour bientôt devenir une notion centrale (B.).

A. Les années 1960, ou les turbulences du droit civil québécois

123. Les années 1960 marquent un tournant majeur dans l'histoire de la société québécoise que ce soit sur le plan politique, culturel, économique, social mais aussi juridique. Le monde juridique, et plus particulièrement le droit civil québécois, n'échapperont pas à la contagion de la « Révolution tranquille ». Ce dernier est secoué par des turbulences qui se caractérisent par deux événements majeurs : le lancement de la réforme du Code civil du Bas-Canada (1.) et l'introduction progressive de l'équité dans certains contrats grâce à la loi de 1964 (2.).

1. Le lancement de la réforme du Code civil du Bas-Canada

124. *Le maintien du statu quo.* « Ainsi la vie se transformait, mais le Code civil devenait, au fil des décennies, le reflet d'une vie passée et dépassée »⁸¹⁶. Le constat des retombées de la Révolution industrielle, des grandes découvertes scientifiques et

⁸¹⁶ CREPEAU (P.-A.). « Une certaine conception de la recodification », in *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Thémis, 2005, p. 27.

technologiques, de l'urbanisation croissante des grandes villes du Québec et de l'apparition d'une société consumériste inspira le professeur Crépeau à écrire ces quelques mots percutants. Le Code civil du Bas-Canada, autrefois œuvre moderne et de raison, est devenu anachronique et obsolète. Il faudra attendre 1955 pour que soit franchi le premier pas sur le long chemin de la réforme du Code civil québécois. Ce retard s'explique en partie par des raisons politico-juridiques, culturelles, voire même identitaires. En effet, les juristes québécois étaient farouchement attachés à leur Code civil qui était, à leurs yeux, bien plus qu'une œuvre juridique moderne. Il était devenu le symbole de l'identité québécoise, le lien ténu et indissoluble l'unissant à la mère-patrie, la France ; la bouée de sauvetage destinée à assurer la survivance nationale des canadiens-français dans un océan de *common law* et d'influence britannique⁸¹⁷. Par son attachement à la tradition juridique française, le Code civil du Bas-Canada revendiquait l'appartenance de la société québécoise à une mentalité, une façon de vivre et à un peuple d'origine française. Particulièrement tumultueux durant l'entre-deux guerres⁸¹⁸, le mouvement de revendication et de protection de l'intégrité du droit civil québécois prônait les vertus de l'ancien droit et souhaitait garder intact l'héritage des ancêtres⁸¹⁹. « Le Code civil du Bas-Canada prit l'allure d'un Livre sacré auquel on ne saurait oser toucher sans mettre en péril les fondements mêmes de la société québécoise »⁸²⁰. Malheureusement, cette volonté acharnée d'assurer la survivance de la tradition civiliste en particulier, et de l'identité québécoise en général, transforma le Code civil du Bas-Canada en un symbole du temps arrêté, de la permanence, de l'immobilisme et de la stagnation⁸²¹. Cela fit de lui la cible de critiques de plus en plus sévères émanant à la fois du monde juridique mais aussi de la société qui ne se retrouvait plus dans sa « Constitution civile ».

125. De la « Grande noirceur » à la Révolution tranquille. L'impulsion nécessaire à la recodification fut donnée par le gouvernement Duplessis qui, en 1955, adopte la Loi

⁸¹⁷ **NORMAND (S.)**. « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », *R.D. McGill*, 1987, vol. 32, n° 3, p. 559 et s. V. égal. **BELLEY (J.-G.)**. « Présentation », in *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire d'une recodification réussie*, *op. cit.*, p. 6 ; **CREPEAU (P.-A.)**. « Une certaine conception de la recodification », *art. préc.*, p. 26-27.

⁸¹⁸ **NORMAND (S.)**. « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », *art. préc.*, p. 561.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 570-573.

⁸²⁰ **CREPEAU (P.-A.)**. « Une certaine conception de la recodification », *art. préc.*, p. 26.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 27.

concernant la révision du Code civil⁸²². Cependant, son adoption fut très mouvementée, certains députés reprochant au Premier ministre de proposer une révision superficielle et non substantielle du Code qui aurait pu faire entrer le droit civil dans l'ère de la modernité⁸²³. Il faut savoir que le gouvernement Duplessis est conduit par un homme aux valeurs très traditionnelles et conservatrices, ayant le soutien de l'Église qui, à l'époque, avait un réel pouvoir politique au Québec⁸²⁴. Cette gouvernance a conduit à surnommer, à tort ou à raison, les dix-neuf années du gouvernement Duplessis de « Grande noirceur », et à qualifier la société canadienne-française de « *folk society* », c'est-à-dire une société traditionnelle n'ayant toujours pas intégré la modernité. En ce sens, les propos tenus par Maurice Duplessis devant l'Assemblée législative lors de la discussion du bill 41 sont particulièrement frappantes et révélatrices de l'état d'esprit de celui qui était alors aux commandes du Québec : il se rit de la modernité, reconnaît que la science a fait des progrès mais que l'on « ne parvient plus à bâtir des monuments comme les Pyramides [...] » ; estime les principes du Code civil, découlant de l'Empire romain, immuables, et impose à celui-ci « de garder les traditions françaises »⁸²⁵. Ce n'est pourtant pas faute pour Rinfret, seul homme à qui la tâche avait été confiée de réviser le Code civil québécois, d'avoir souligné l'importance d'une nécessaire réforme des dispositions du droit civil afin que ces dernières puissent être sincèrement représentatives d'une société qui ne se retrouvait plus dans les valeurs traditionnelles défendues par le Code de 1866⁸²⁶. Malgré cela, il est clair que le Premier ministre Duplessis n'avait aucune intention de proposer une réforme de fond des institutions juridiques québécoises⁸²⁷, souhaitant simplement « en améliorer la coordination et y faire les mises au point qui [pouvaient] être opportunes »⁸²⁸. De fait, Rinfret – pour qui le travail solitaire dût être extrêmement difficile – ne proposa que des modifications de forme et fut dans l'impossibilité de présenter un travail de recherche de fond⁸²⁹.

⁸²² S.Q. 1954-55, c. 47.

⁸²³ Ass. Lég., débats du 27 janv. au 22 fév. 1955, *J.D.*, 27 janv.-22 fév. 1955, 24^e législateur, 3^e session, vol. 2, p. 441-442.

⁸²⁴ **ROUILLARD (J.)**. « Aux sources de la Révolution tranquille : le congrès d'orientation du Parti libéral du Québec du 10 et 11 juin 1938 », *BHP*, 2015, vol. 24, n^o 1, p. 130 et s.

⁸²⁵ Ass. Lég., débats du 27 janv. au 22 fév. 1955, *J.D.*, 27 janv.-22 fév. 1955, 24^e législateur, 3^e session, vol. 2, p. 442-443.

⁸²⁶ **RINFRET (T.)**. « The Revision of the Civil Code », *R.D. McGill*, 1957, vol. 3, n^o 2, p. 228.

⁸²⁷ **CREPEAU (P.-A.)**. « Une certaine conception de la recodification », *art. préc.*, p. 30.

⁸²⁸ Loi concernant la révision du Code civil, S.Q. 1954-55, c. 47, préambule.

⁸²⁹ **NORMAND (S.)**. « La première décennie des travaux consacrés à la révision du Code civil », *R.D. McGill*, 1994, vol. 39, n^o 1, p. 831 ; **CREPEAU (P.-A.)**. « Une certaine conception de la recodification », *art. préc.*, p. 31.

Le vent tourna à compter de l'année 1960 qui voit l'arrivée au pouvoir du Parti libéral mené par Jean Lesage pour qui « C'est le temps que ça change ». C'est le début de la Révolution tranquille qui plonge le Québec dans un bain de modernité, d'ouverture internationale et d'essor économique. Si les politiques publiques changent drastiquement de cap en 1960, il est important de souligner que cette évolution, avant de devenir « Révolution », se dessine dans le Québec des années 1950⁸³⁰, voire peut-être bien avant⁸³¹. Partant, et sans qu'il soit question de nier les apports et bienfaits de la Révolution tranquille, la modernisation du Québec s'est, en réalité, faite lentement et au coup par coup⁸³². Ceci dit, elle a connu une réelle accélération sous le gouvernement Lesage qui, de 1960 à 1966, motivé par l'urgence des réformes, le désir de changement et de nouveauté par la population, et pourvu de fonds suffisants, a engagé des réformes majeures pour le Québec et ses habitants, notamment francophones⁸³³. Le gouvernement Lesage mène des politiques de modernisation sociale sur tous les fronts, en particulier dans le domaine de l'éducation et de la santé, avec une promotion de l'égalité des chances pour les garçons et les filles, un accès gratuit aux meilleurs soins hospitaliers possibles pour tous les Québécois, une déconfessionnalisation et une laïcisation progressive des institutions, et une rationalisation et unification des systèmes de santé et d'éducation⁸³⁴. Le gouvernement Lesage souhaite également que les Québécois soient « Maîtres chez eux ». Partant, l'économie devient un domaine de prédilection des politiques du Parti libéral qui nationalise les grandes entreprises québécoises, l'exemple le plus connu étant l'entreprise d'électricité Hydro-Québec⁸³⁵. L'électricité devient Québécoise et donne la possibilité aux francophones du Québec d'intégrer les postes qualifiés autrefois occupés par les anglophones. Ces diverses réformes voient la naissance de l'État québécois, et de son « modèle québécois »⁸³⁶, et le remplacement de l'identité canadienne-française par l'affirmation d'une identité

⁸³⁰ **PAQUET (G.)**. « Les années 1950 au Québec », *BHP*, 1994, vol. 3, n° 1, p. 15 et s.

⁸³¹ **ROUILLARD (J.)**. « Aux sources de la Révolution tranquille : le congrès d'orientation du Parti libéral du Québec du 10 et 11 juin 1938 », *art. préc.*, p. 131 et s. : L'auteur démontre que ces différentes politiques ne sont pas apparues subitement en 1960 mais sont le fruit d'un long travail de réflexion et de mise en place par le Parti libéral qui, dès le mois de juin 1938, établit lors d'un grand congrès les lignes directrices du programme politique qui animerait le Parti.

⁸³² **PAQUET (G.)**. *Ibid.*, p. 17.

⁸³³ **MORIN (C.)**. « La Révolution tranquille : réflexions personnelles », *BHP*, 2002, vol. 11, n° 1, p. 103-104.

⁸³⁴ **ROCHER (G.)**. *Le « laboratoire » des réformes dans la Révolution tranquille*, Coll. Grandes conférences Desjardins, Montréal : McGill, 2001, p. 16 et s. ; **ROUILLARD (J.)**. « Aux sources de la Révolution tranquille : le congrès d'orientation du Parti libéral du Québec du 10 et 11 juin 1938 », *art. préc.*, p. 146 et s.

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁸³⁶ **ROUSSEAU (G.)**. *L'Etat-Nation face aux régions : une histoire comparée du Québec et de la France*, Coll. Cahiers des Amériques, Québec : Septentrion, 2016, p. 194-195 ; **MORIN (C.)**. « La Révolution tranquille : réflexions personnelles », *art. préc.*, p. 111-112.

Québécoise. Le combat du gouvernement Lesage pour la protection et la promotion de la langue française, depuis trop longtemps grignotée par l'anglais, renforcent la particularité et l'originalité de cette identité à part entière⁸³⁷. Le Québec se transforme alors en bastion francophone et francophile dans une Amérique du Nord anglophone. La Province s'enrichit et voit son budget augmenter si bien que la population québécoise devient de plus en plus prospère. Si le tableau des premières années de la Révolution tranquille et ses conséquences postérieures présentent, aux yeux de certains, des ombres⁸³⁸, toujours est-il que l'un « des résultats les plus nets et les plus significatifs de la Révolution tranquille aura été de persuader les Québécois qu'ils étaient eux aussi capables d'entreprendre de grandes choses. La Révolution tranquille leur a fait comprendre qu'ils n'étaient pas nécessairement “nés pour un petit pain”⁸³⁹ »⁸⁴⁰.

126. L'influence de la Révolution tranquille sur la réforme du Code civil québécois. Les effets de la Révolution tranquille ne laissent pas indemne le monde juridique. L'effervescence politique, économique et culturelle de cette révolution trouve un écho au sein de la communauté juridique québécoise qui cherche à se départir de l'image conservatrice à laquelle est souvent associée⁸⁴¹. Partant, elle appelle urgemment de ses vœux une réforme en profondeur du Code civil du Bas-Canada qui traverse, encore plus que jamais dans les années 1960, une « crise de vieillesse »⁸⁴² sans précédent. C'est pourquoi l'on peut compter la réforme du Code civil québécois parmi les grandes réformes menées par le gouvernement Lesage⁸⁴³. Les raisons invoquées par la doctrine québécoise sont de deux ordres : à la fois pratique, mais aussi de politique juridique. Dans un premier temps, le fossé se creuse de plus en plus entre ses dispositions et les nouveaux besoins sociaux de la population québécoise qui ne peuvent plus être assouvis ni par des interventions législatives ponctuelles, d'une « timidité excessive » et qui ne ressemblent que trop bien aux « statutes »

⁸³⁷ ROUSSEAU (G.). *L'Etat-Nation face aux régions : une histoire comparée du Québec et de la France*, op. cit., p. 193 ; MORIN (C.). « La Révolution tranquille : réflexions personnelles », art. préc., p. 108-109.

⁸³⁸ GUINDON (H.). « La Révolution tranquille : les ombres dans le tableau », BHP, 1994, vol. 3, n° 1, p. 41.

⁸³⁹ L'expression québécoise « être né pour un petit pain » signifie qu'une personne est destinée à rester pauvre toute sa vie puisqu'elle a accepté ses conditions de vie médiocre sans chercher à les modifier.

⁸⁴⁰ MORIN (C.). « La Révolution tranquille : réflexions personnelle », art. préc., p. 107.

⁸⁴¹ BELLEY (J.-G.). « Présentation », art. préc., p. 16-17.

⁸⁴² BAUDOIN (J.-L.). « Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse ? », R. du B. Can., sept. 1966, vol. 44, n° 3, p. 392.

⁸⁴³ BELLEY (J.-G.). « Présentation », art. préc., p. 15 ; CREPEAU (P.-A.). « Une certaine conception de la recodification », art. préc., p. 26.

britanniques⁸⁴⁴, ni par le concours de la jurisprudence qui se voit dans l'obligation pénible d'adapter des principes qui s'épuisent substantiellement⁸⁴⁵. Cela est particulièrement vrai du droit de la famille, du droit des régimes matrimoniaux, mais aussi du droit des contrats qui se voit, petit à petit, être grignoté par un droit du travail récent mais réactif car au plus près des besoins des travailleurs québécois⁸⁴⁶. Finalement, le droit civil québécois s'émiette d'une « lente érosion »⁸⁴⁷ qui est également alimentée par un « effritement de la pensée civiliste »⁸⁴⁸, concurrencée par l'emprise tentaculaire de la *common law*. Dans un second temps, la doctrine de l'époque défend l'idée d'une réforme substantielle du Code civil pour affirmer et solidifier les principes civilistes devant l'activité interprétative de la Cour suprême du Canada⁸⁴⁹. Cette dernière tend à faire une interprétation « à l'anglaise »⁸⁵⁰ des institutions civiles québécoises qui en ressortent déformées, voire dénaturées. Cette influence est considérée comme « extrêmement pernicieuse et parfaitement illégitime »⁸⁵¹ et doit être contrée à tout prix⁸⁵².

La machine de la réforme du Code civil du Bas-Canada se met véritablement en marche en 1960 lors de l'adoption de la Loi modifiant la Loi concernant la révision du Code civil⁸⁵³. Tout en maintenant l'article 1 de la loi de 1955, qui confiait à un juriste la mission de réviser le Code civil, la loi de 1960 précise que : « Le lieutenant-gouverneur en conseil pourra nommer quatre codificateurs pour étudier les rapports, avis, projets d'amendements et recommandations de ce juriste, ainsi que les suggestions et renseignements qui pourront leur parvenir d'autres sources, et pour préparer un projet définitif de nouveau Code

⁸⁴⁴ BAUDOIN (J.-L.). *Ibid.*, p. 394 et s.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 394 et s. et p. 402 et s.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 401.

⁸⁴⁷ BAUDOIN (L.). « De certaines réformes nécessaires du droit québécois », *R.D. Ottawa*, 1968, vol. 2, n° 2, p. 366.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 370.

⁸⁴⁹ AZARD (P.). « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », *R. du B. Can.*, déc. 1965, vol. 43, n° 4, p. 553.

L'application des principes et règles du droit civil québécois par la Cour suprême du Canada continue, aujourd'hui encore, à faire couler de l'encre chez les auteurs québécois souhaitant préserver l'intégrité et la spécificité du droit civil québécois. V., en ce sens : BAUDOIN (J.-L.). « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada », *R. du B. Can.*, déc. 1975, vol. 53, n° 4, p. 715 ; GLENN (H.P.). « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », *R. du B. Can.*, mars 2001, vol. 80, n°s 1-2, p. 151 ; JOBIN (P.-G.). « La Cour suprême et la réforme du Code civil », *R. du B. Can.*, juill. 2000, vol. 79, n° 2, p. 27 ; MAZEN (N.-J.). « Le juge civil québécois (Approche comparative d'un système de droit mixte) », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1982, vol. 37, n° 2, p. 375 ; POPOVICI (A.). « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », *R.J.T.*, 2000, vol. 34, n° 3, p. 607.

⁸⁵⁰ AZARD (P.). « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », *art. préc.*, p. 555-556.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 555.

⁸⁵² AZARD (P.). « Le droit québécois, pièce maîtresse de la civilisation canadienne-française », *C. de D.*, avr. 1963, vol. 5, n° 2, p. 7.

⁸⁵³ S.Q. 1959-60, c. 97.

civil »⁸⁵⁴. On remarque que l'on passe d'une simple amélioration et coordination du code à l'établissement d'un projet de Code civil nouveau. Cette mission sera d'abord confiée à Nadeau qui, contrairement à son prédécesseur, conçoit l'écriture de ce projet dans un esprit d'équipe⁸⁵⁵. C'est ainsi qu'il va s'entourer d'experts et de spécialistes externes, de professionnels du droit mais aussi de grands universitaires qui vont dresser des rapports sur chaque pan du Code civil⁸⁵⁶. Les premières réformes qui vont être engagées porteront sur le statut de la femme mariée et les régimes matrimoniaux⁸⁵⁷.

127. La création de l'O.R.C.C. Suite à la nomination de Nadeau comme juge à la Cour supérieure du Québec en 1965, le flambeau est repris par le professeur Crépeau. Cette passation marque un « changement de cap »⁸⁵⁸ dans la réforme du Code civil québécois avec la création de l'Office de Révision du Code Civil. Les praticiens, alors majoritaires, laissent la place à la communauté universitaire si bien que les méthodes de travail deviennent plus rigoureuses et les recherches, plus approfondies⁸⁵⁹. Pour la majorité de la doctrine québécoise, c'est à ce moment-là que commence la véritable réforme du Code civil⁸⁶⁰. L'Office va être guidé par le souci de moderniser les dispositions du Code tout en prenant soin de conserver ce qui peut l'être. Il ne s'agit donc nullement de tout balayer d'un revers de manche. Il est plutôt question de réécrire le Code dans un esprit de justesse et de continuité, « hostile à toute velléité de rupture radicale »⁸⁶¹. « Mêmes les réformistes les plus ambitieux, au plus fort de la Révolution tranquille, écrit le professeur Belley, n'ont sans doute jamais cessé d'adhérer à l'idéal d'un changement juridique qui préserve les fondements du droit ancien et n'en modifie les principes ou les règles que dans la mesure souhaitable pour leur adaptation à une saine évolution des faits sociaux »⁸⁶². C'est ainsi que l'on peut affirmer que la réforme du Code civil est la digne fille de la Révolution tranquille

⁸⁵⁴ S.Q. 1959-60, c. 97, art. 3.

⁸⁵⁵ **NORMAND (S.)**. « La première décennie des travaux consacrés à la révision du Code civil », *art. préc.*, p. 838 et s. ; **CREPEAU (P.-A.)**. « Une certaine conception de la recodification », *art. préc.*, p. 32.

⁸⁵⁶ **CREPEAU (P.-A.)**. *Ibid.*, p. 33-34.

⁸⁵⁷ Les réformes en droit de la famille et en droit des régimes matrimoniaux furent marquées par l'urgence en raison de la multiplication des contestations et revendications féministes qui prirent naissance au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et gonflèrent sous le ministère de Duplessis. Sur ce sujet, v. **ROY (N.)**. « La lutte des femmes pour la réforme du droit de la famille : 1900-1955 », in *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire d'une recodification réussie*, *op. cit.*, p. 477.

⁸⁵⁸ **NORMAND (S.)**. « La première décennie des travaux consacrés à la révision du Code civil », *art. préc.*, p. 842.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 843.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 844.

⁸⁶¹ **BELLEY (J.-G.)**. « Présentation », *art. préc.*, p. 17-18.

⁸⁶² *Ibid.*

en ce que cette dernière ne porte de « révolution » que le nom⁸⁶³. En effet, la Révolution tranquille est plus une réforme qu'une révolution en ce qu'elle ne cherche nullement à trancher avec le passé – dont elle se nourrit –, sur lequel elle prend plutôt appui pour construire son avenir – auquel elle aspire⁸⁶⁴. L'O.R.C.C. présentera son rapport final en 1977 sur lequel nous reviendrons plus en détail dans le second titre de cette partie⁸⁶⁵.

2. L'introduction progressive de l'équité dans

« certains contrats »

128. L'adoption du Bill 48. L'adoption de la loi de 1964 est concomitante aux sollicitations doctrinales implorant une révision urgente du Code civil du Bas-Canada. Cette coïncidence n'est pas le fruit du hasard mais trahit l'air du temps qui agite la scène politico-juridique québécoise. Conscient des abus qui étaient susceptibles de se glisser dans les contrats de prêt, le législateur québécois cherche à remédier à la multiplication de ces situations iniques en adoptant, en 1964, la Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges⁸⁶⁶. Bien qu'il n'y soit pas clairement mentionné, l'on peut facilement imaginer que l'encadrement des effets néfastes du contrat d'adhésion ait été l'un des motifs de l'adoption du bill 48. Selon le professeur Popovici, il ne fait pas de doute que cette loi encadre les divers contrats d'emprunt conclus par adhésion⁸⁶⁷. Cette « nouvelle législation progressiste »⁸⁶⁸ a pour objectif premier de lutter contre les effets néfastes des clauses de dation en paiement, une invention de la pratique contractuelle destinée à contourner les clauses résolutoires classiques qui étaient communément insérées dans les ventes d'immeubles. Dès lors que le débiteur vivait une situation financière délicate ou compromettante, ces dernières lui laissaient un délai de soixante jours pour satisfaire son obligation⁸⁶⁹. Partant, les clauses de dation en paiement permettaient au créancier de passer outre ce délai et de récupérer son immeuble.

⁸⁶³ **ROCHER (G.)**. *Le « laboratoire » des réformes dans la Révolution tranquille*, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁸⁶⁵ V. *infra* n° 211.

⁸⁶⁶ S.Q. 1964, c. 67, sect. 7.

⁸⁶⁷ **POPOVICI (A.)**. « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », in *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Baudouin*, POPOVICI (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1974, p. 189.

⁸⁶⁸ **SOUCY (R.)**. « Étude sur les abus de droit », *R.L.*, 1979, p. 22.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 15 et s.

Le législateur mit fin à cette prérogative en adoptant l'article 1040a⁸⁷⁰ qui impose désormais à tout créancier quel qu'il soit de respecter un délai de soixante jours après avoir déposé et enregistré un avis de l'omission ou de la contravention faite par son débiteur de respecter son obligation. L'article 1040b⁸⁷¹ conforte cette nouvelle exigence en donnant la possibilité audit débiteur d'empêcher le créancier d'exercer son droit dès l'instant où il n'aurait pas respecté les formalités prévues à l'article 1040a⁸⁷². Ces nouvelles dispositions illustrent sans aucun doute la volonté du législateur québécois de prendre en considération les difficultés des parties les plus vulnérables en tempérant le principe de la force obligatoire des conventions et celui de la liberté contractuelle. Cet assouplissement du sacro-saint principe du droit des contrats est particulièrement éclatant à l'article 1040c de la loi de 1964 qui, enfin, insère « le fait contractuel dans une économie judiciaire soucieuse de protéger ses sujets contre le mauvais usage de la faculté de contracter »⁸⁷³. Aux yeux de Trudel, « le contrat cesse uniquement d'être égoïste »⁸⁷⁴.

129. Une atteinte minimale à l'interdiction de la lésion. L'article 1040c⁸⁷⁵, à la différence des articles précédemment cités qui introduisent une équité législative⁸⁷⁶, donne lieu à l'expression d'une équité judiciaire⁸⁷⁷ en permettant aux juges de réduire ou d'annuler toute obligation monétaire découlant d'un prêt d'argent à partir de l'instant où cette obligation rend le coût du prêt excessif et l'opération, exorbitante. L'alinéa premier de cet article dispose que : « Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à

⁸⁷⁰ Art. 1040a, al. 1^{er} : « En vertu d'un contrat consenti pour la garantie d'une obligation, un créancier ne peut exercer le droit de devenir propriétaire irrévocable d'un immeuble ou le droit d'en disposer que soixante jours après avoir donné et enregistré un avis de l'omission ou contravention en raison de laquelle il veut le faire ».

⁸⁷¹ Art. 1040b, al. 1^{er} : « Le débiteur ou tout autre intéressé peut empêcher l'exercice par le créancier de son droit de devenir propriétaire irrévocable de l'immeuble ou d'en disposer, en remédiant à l'omission ou contravention mentionnée dans l'avis et toute omission ou contravention subséquente et en payant les frais, en tout temps pendant le délai d'avis et, par la suite, avant que le créancier ait été déclaré, par acte signé volontairement ou par jugement, propriétaire irrévocable de l'immeuble, ou, dans le cas du droit d'en disposer, avant que le créancier ait exercé ce droit ».

⁸⁷² **MORRIS (W.G.)**. « De l'équité dans certains contrats », *R. du B.*, fév. 1965, t. 25, n° 2, p. 67 et s.

⁸⁷³ **TRUDEL (G.)**. *Lésion et contrat, op. cit.*, p. 110.

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ Art. 1040c C.c.B.-C. : « Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante./ A cette fin, le tribunal doit apprécier toutes les obligations découlant du prêt au regard de la somme effectivement avancée par le prêteur nonobstant tout règlement de compte, et toute novation ou transaction./ La preuve testimoniale de la somme effectivement avancée est recevable à l'encontre de l'acte, si ce n'est envers un cessionnaire de bonne foi, sauf le recours, en ce cas, contre le prêteur ».

⁸⁷⁶ **MAYRAND (A.)**. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », in *Lois nouvelles*, **BRIERE (G.)**, **COMTOIS (R.)**, **MAYRAND (A.)**, Montréal : PUM, 1965, p. 54.

⁸⁷⁷ *Ibid.*

toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante ». Cette nouvelle disposition « innovante »⁸⁷⁸ est clairement un coup porté à l'article 1012 du Code civil du Bas-Canada qui, l'on s'en souvient, prohibe la reconnaissance de la lésion entre majeurs. Mayrand s'en réjouit grandement : « La section que l'on vient d'introduire au Code civil "De l'équité dans certains contrats" est le sacrilège le plus retentissant et le plus encourageant que l'on a proféré jusqu'ici à l'adresse de ce faux dieux »⁸⁷⁹, « le veau d'or » qu'est l'article 1012, « à qui l'on offrait le sacrifice des faibles en expiation des abus des forts »⁸⁸⁰. L'allusion à la lésion entre majeurs est si évidente que le professeur Tancelin se demandera, quelques années plus tard, pourquoi le législateur n'a pas été jusqu'à remettre en cause l'article 1012⁸⁸¹. En réalité, l'impulsion du législateur est toute relative en ce que ledit article demeure la règle générale, l'article 1040c n'étant que l'exception⁸⁸². De fait, il est nécessaire de souligner que lorsque le législateur introduit de l'équité, ce n'est qu'à petite dose et uniquement dans certains contrats⁸⁸³. Certes, l'on ne peut que reconnaître l'assouplissement du principe de la liberté des conventions. Cependant, il ne s'agit en aucun cas d'un affront direct.

Selon Trudel, il est pourtant grand temps de reconnaître le principe de la lésion et de cesser d'introduire l'équité contractuelle de façon « éparsée et exprimée très diversement »⁸⁸⁴. « C'est au nom de la dignité de l'homme, d'une liberté respectueuse de cette dignité chez les autres » que l'auteur, sans pour autant remettre en cause le principe de la force obligatoire du contrat et la volonté de préserver la stabilité contractuelle, plaide pour une réforme du droit civil québécois⁸⁸⁵. « Ainsi donc, défend-t-il, le code civil devrait prendre de la hauteur et proclamer que le contrat ne saurait être lésionnaire »⁸⁸⁶. Cette reconnaissance permettrait de revaloriser les bases contractuelles, de restituer le contrat comme « un mécanisme pour favoriser et assurer les relations volontaires dans un

⁸⁷⁸ **SOUCY (R.)**. « Etude sur les abus de droit », *art. préc.*, p. 24.

⁸⁷⁹ **MAYRAND (A.)**. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », *art. préc.*, p. 72.

Contra **GUY (M.)**. « De la justice dans les contrats », *R. du N.*, mai 1969, vol. 72, n° 10, p. 441, spéc. p. 465 et p. 470.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 71.

⁸⁸¹ **TANCELIN (M.)**. « Chronique de jurisprudence », *C. de D.*, 1970, vol. 11, n° 1, p. 172. V. égal. **MORRIS (W.G.)**. « De l'équité dans certains contrats », *art. préc.*, p. 65.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 174 ; **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Coll. Minerve, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1989, p. 101.

⁸⁸³ **MAYRAND (A.)**. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », *art. préc.*, p. 53.

⁸⁸⁴ **TRUDEL (G.)**. *Lésion et contrat*, *op. cit.*, p. 140.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 148.

⁸⁸⁶ *Ibid.*

contexte social humain »⁸⁸⁷, et de l'inscrire au centre de la réalité sociale et économique contemporaine⁸⁸⁸. Partant, il ne s'agirait pas uniquement de sanctionner le « grossissement des obligations d'une partie »⁸⁸⁹ mais également le « trop peu perçu »⁸⁹⁰. Dans la suite de son idée, l'auteur va proposer une ébauche d'un régime applicable à l'action en rescision pour lésion. Ce dernier ne pourrait s'exercer que tant que le contrat n'est pas totalement exécuté⁸⁹¹ et il devrait être ouvert à toute personne vulnérable sans « forme procédurière particulière spéciale »⁸⁹². L'auteur est catégorique : « Se murer dans l'indifférence aux faits nouveaux sur la seule autorité d'une tradition impuissante à donner une réponse aux interrogations de l'heure, conduit au drame d'une loi sourde et aveugle parce que coupée de toute correspondance au réel social »⁸⁹³.

130. Un accueil timoré. Malheureusement, l'enthousiasme de l'auteur pour la lésion en particulier, et la réévaluation des principes directeurs du droit des contrats en général, est loin de faire l'unanimité. Suffisamment offusquée par l'« humanisation »⁸⁹⁴ du droit des contrats, introduite par la loi de 1964, il était évident que la profession judiciaire n'allait pas apporter son soutien à l'adoption d'une telle disposition qu'elle jugeait « dangereuse »⁸⁹⁵ et qui viendrait perturber le libéralisme économique et le bon fonctionnement du marché. L'article 1040c est déjà perçu comme trop flou, trop ambigu et octroyant un trop grand pouvoir d'intervention au juge⁸⁹⁶. En effet, la nouvelle disposition invite le juge à s'immiscer dans la relation contractuelle en appréciant les circonstances ayant entouré la formation du contrat pour ensuite faire appel à son sens de la mesure et de l'équité. Or, « la gamme des circonstances dont le tribunal pourrait s'inspirer varie à l'infini »⁸⁹⁷. Le juge peut tout aussi bien tenir compte de l'état de nécessité du débiteur – l'état de ses finances, son état de santé, sa situation familiale – que de la situation du créancier – « le juge examinera-t-il l'importance de sa fortune ou de ses engagements ? »⁸⁹⁸. A vrai dire, l'appréciation du juge se concentrera

⁸⁸⁷ **TRUDEL (G.)**. *Lésion et contrat, op. cit.*, p. 149

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 150.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 167.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 168.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 172.

⁸⁹² *Ibid.*, p. 177.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 171.

⁸⁹⁴ **MAYRAND (A.)**. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », *art. préc.*, p. 70.

⁸⁹⁵ **LAVALLEE (A.)**. « En marge du bill 48 », *R. du N.*, juin-juill. 1964, vol. 66, n^{os} 11-12, p. 485.

⁸⁹⁶ **MORRIS (W.G.)**. « De l'équité dans certains contrats », *art. préc.*, p. 81 ; **LAVALLEE (A.)**. *Ibid.*, p. 486 et 488.

⁸⁹⁷ **MAYRAND (A.)**. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », *art. préc.*, p. 67.

⁸⁹⁸ *Ibid.*

uniquement sur certains éléments, « toutes les circonstances pertinentes à la découverte de l'équité ne [pouvant] être examinées, car il y en a trop qui échappent à l'intelligence d'un seul homme »⁸⁹⁹. Qui plus est, les tribunaux n'auraient ni le loisir, ni le temps d'examiner toutes les circonstances. C'est ainsi que l'alinéa 2 de l'article 1040c leur intime de prendre en considération le risque assumé par le créancier, la somme véritablement versée au débiteur ainsi que toutes les obligations découlant du contrat de prêt⁹⁰⁰.

Ce droit de regard conféré aux juges, ainsi que les sanctions qui y sont associées, supposent une ingérence de ces derniers au sein de la relation contractuelle. Or, ce droit d'intervention dans la loi des parties fut quelque peu mal vécu par les juges québécois qui ne manquèrent pas l'occasion de rappeler leur rôle, avant tout, d'interprète et de gardien de la loi⁹⁰¹. Ce faisant, ils ont une conception de leur rôle bien différente de celui de leurs homologues de *common law*. Malgré leur proverbial attachement à la liberté contractuelle et au respect du « *bargain* », ces derniers n'hésitent pas à intervenir au sein du contrat *a posteriori* en cas de déséquilibre majeur et inacceptable. Cette timidité des juges québécois, en comparaison à l'activité des juges de *common law*, est d'autant plus curieuse lorsque l'on sait que l'article 1040c en particulier, et la loi de 1964 en général, sont inspirés des notions d'« *economic duress* », d'« *unconscionable bargain* » ou encore de l'« *indue influence* »⁹⁰². Quoiqu'il en soit, l'interprétation de l'article 1040c par les juridictions québécoises est extrêmement ambivalente et illustre parfaitement le malaise des juges quant à leur rôle.

⁸⁹⁹ MAYRAND (A.). « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », *art. préc.*, p. 68.

⁹⁰⁰ MORRIS (W.G.). « De l'équité dans certains contrats », *art. préc.*, p. 81-82.

Art. 1040c, al. 2 : « À cette fin, le tribunal doit apprécier toutes les obligations découlant du prêt en regard de la somme effectivement avancée par le prêteur nonobstant tout règlement de compte, et toute novation ou transaction ».

⁹⁰¹ TANCELIN (M.). « Chronique de jurisprudence », *art. préc.*, p. 172.

⁹⁰² MASSOL (G.). *La lésion entre majeurs en droit québécois*, *op. cit.*, p. 79 et s. Alors que son droit des contrats était foncièrement libéral, où même la « *consideration* » (équivalent de la cause française) ne pouvait être appréciée par les juges qui se contentaient de vérifier si le processus de négociation fut correctement mené, la *common law* britannique opéra un virage à la fin du XIX^e siècle lorsque les tribunaux d'*Equity* et de *common law* fusionnèrent. Petit à petit, les juges devinrent plus sensibles aux déséquilibres subis par certaines parties et plus alertes face à certains abus. C'est alors qu'ils élargirent le sens de la « *duress* » (un consentement donné sous pression ou sous contrainte) pour tenir compte de la pression ou de la contrainte économique sous laquelle pouvait se trouver l'une des parties, d'où l'« *economic duress* ». Ils eurent également de plus en plus souvent recours à l'« *indue influence* » qui sanctionne un consentement donné par une partie suite à des manipulations ou des machinations exercées de la part de l'autre. Enfin, ils employèrent la notion d'« *unconscionable bargain* » pour annuler des contrats dont l'objet était choquant si bien qu'il eût été inimaginable que l'une des parties puisse consentir à un tel contrat. Ces notions de la *common law* britannique ne sont pas inconnues de la *common law* canadienne. Or, la législation québécoise de 1964 s'est inspirée de la loi ontarienne « The Unconscionable Transactions Relief Act » (R.S.O. 1960, c. 410) qui vient, elle aussi, réglementer les contrats de prêt. Pour ce faire, elle emploie les différents vices du consentement que nous venons de mentionner et permet aux juges ontariens d'intervenir au sein de la relation contractuelle pour sanctionner un contrat qui serait vil. C'est pourquoi la timidité des juges québécois est assez surprenante.

131. L'espoir d'une « interprétation large et libérale »⁹⁰³. Parmi les premières décisions rendues au début des années 1970 faisant application de l'article 1040c du Code civil du Bas-Canada, certaines vont éviter, voire carrément nier, la portée de la disposition quand d'autres vont parfois user de la discrétion judiciaire accordée par le législateur⁹⁰⁴. Une première application de l'article 1040c est faite par la Cour supérieure du Québec qui, en 1969, eut à statuer sur une affaire concernant la conclusion, entre deux particuliers – amis, qui plus est – de multiples contrats de prêt dont le taux d'intérêt variait entre 13 et 15%, le créancier allant parfois jusqu'à 17%⁹⁰⁵. Qui plus est, les contrats comportaient une hypothèque sur la maison de l'emprunteur. Le juge Lesage dessine les premières pistes de qualification dudit article. Il commence son argumentation en affirmant que l'article 1040c « fait partie de notre loi et le Tribunal doit l'appliquer comme toute loi, même si cela crée un bouleversement dans notre façon de penser »⁹⁰⁶. Il précise ensuite que : « Jusqu'à l'adoption de cette loi, les contrats, même les plus iniques, devaient être respectés et sanctionnés s'ils étaient passés entre majeurs sains d'esprit dont le consentement n'était pas entaché d'erreur ou obtenu par fraude ou violence »⁹⁰⁷. Il ajoute que, désormais : « cet article

⁹⁰³ L'interprétation large et libérale est un principe d'interprétation du droit québécois qui découle de l'article 41 de la Loi d'interprétation (RLRQ c. I-16). Ce dernier dispose que : « Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage./ Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin ». Ce principe d'interprétation est notamment appliqué lorsque la règle de droit commande de protéger les droits de la personne. Dès lors, l'interprétation de ladite règle doit se faire de façon « généreuse » afin de protéger au mieux les intérêts de la personne (**SAMSON (M.)**, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? », *C. de D.*, juin 2008, vol. 49, n° 2, p. 302). Ce principe d'interprétation constitue donc un « contrepoids » au principe de l'interprétation restrictive et littérale des textes de droit (**CÔTE (P.-A.), BEAULAC (S.), DEVINAT (M.)**, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal : Ed. Thémis, 2009, p. 446-447, n^{os} 1419 et s.). Grâce au principe énoncé à l'article 41 de la Loi d'interprétation, les juristes, et plus particulièrement les juges, auront une plus grande marge de manœuvre dans l'interprétation de la règle de droit. L'interprétation large et libérale est donc particulièrement indiquée dans le cadre de l'application de l'article 1040c du Code civil du Bas-Canada qui a pour finalité de lutter contre une certaine forme de lésion.

⁹⁰⁴ La « discrétion judiciaire » est une expression souvent employée dans les écrits québécois mais rarement définie par les auteurs, et même les juges. La définition communément admise est la suivante : la discrétion judiciaire renvoie au pouvoir d'interprétation libre du juge selon, notamment, la formulation de la loi et les usages du domaine. En effet, si le juge québécois va pouvoir décider de façon large au regard, plus particulièrement, des faits de l'espèce, cette discrétion demeure encadrée par la loi. La discrétion judiciaire est souvent illustrée aux étudiants québécois à travers la « théorie du donut » de Dworkin : le beignet représente les règles de droit tandis que le trou symbolise le pouvoir discrétionnaire. Les acteurs juridiques, en l'occurrence ici les juges, vont pouvoir user librement de leur discrétion dans cet espace dénué de droit. Or, cette liberté est encadrée par les règles de droit, comme le trou est encerclé par le beignet. La liberté d'action des juges existe mais celle-ci est conditionnée par les règles juridiques contraignantes. Il en va, par exemple, de l'article 1040c qui retient notre attention. Le législateur permet au juge de réduire ou d'annuler les obligations monétaires suivant le risque existant et les circonstances. Sa discrétion judiciaire n'est donc pas illimitée, et encore moins subjective, mais dépend de la marge de manœuvre qui lui est accordée par la loi.

⁹⁰⁵ *Les Agences Lyon inc. c. Cadrin*, (1969) C.S. 153-965, j. Lesage, v. *C. de D.*, 1975, vol. 16, n° 1, p. 147.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 150.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

introduit dans notre droit une notion nouvelle, celle de la lésion entre personnes majeures. Il s'agit d'une lésion particulière qui blesse l'équité et qui répugne à une société civilisée [...] »⁹⁰⁸. Homologue de l'article 1313 du Code Napoléon, le juge Lesage estime que : « le législateur a voulu, en édictant l'article 1040c, que cette égalité soit rétablie par le tribunal de façon que de nouveau la justice règne dans les contrats »⁹⁰⁹. Ce qui est excessif ou abusif ne doit pas avoir lieu. Quant aux éléments pratiques ayant retenu l'attention du juge et motivé son application de l'article 1040c, ce dernier retient le risque pris par le créancier, les exigences imposées au débiteur, les normes habituelles en la matière, la valeur réelle de la maison sur laquelle pesait l'hypothèque, comparée à la valeur commerciale de ce type d'immeubles, ou encore la concurrence que subira l'immeuble une fois remis sur le marché⁹¹⁰. Le juge Lesage évalue même le caractère de la personne, et notamment celui du débiteur. Malgré la difficile évaluation de ces éléments, le juge constate que le taux d'intérêt souscrit était manifestement abusif⁹¹¹.

Peu de temps après la décision rendue par la Cour supérieure du Québec, la Cour d'appel rend, en 1970, l'arrêt *Boutin c. Belvédère*⁹¹² dans lequel elle fait, à son tour, une première application – favorable – de l'article 1040c. L'affaire opposait une compagnie de prêts et un emprunteur qui, pour financer l'achat de matériel, se vit prêter la somme de 25.000\$ à rembourser suivant un taux d'intérêt fixé à 36%. La Cour considère que l'article 1040c est une disposition d'ordre public. Ainsi, elle précise qu'une « qualification contraire aurait pour effet de rendre la loi de 1964 “illusoire et inutile” et serait contraire “aux fins clairement envisagées par le législateur” »⁹¹³, à savoir une protection accrue de la partie vulnérable. Partant, la Cour d'appel considère, qu'au regard des circonstances des faits de l'espèce, rien ne justifiait la fixation d'un tel taux d'intérêt.

132. La défiance envers l'« interprétation large et libérale ». Aux antipodes de l'« interprétation large et libérale », sera rendue, toujours en 1970, la décision *Marrois c. Dallaire*⁹¹⁴ qui concernait un contrat de prêt conclu entre un prêteur averti et un

⁹⁰⁸ *Les Agences Lyon inc. c. Cadrin*, (1969) C.S. 153-965, j. Lesage, v. *C. de D.*, 1975, vol. 16, n° 1, p. 147.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 152.

⁹¹² *Boutin c. Belvédère*, [1970] C.A. 389.

⁹¹³ **TANCELIN (M.)**. « Chronique de jurisprudence », *art. préc.*, p. 174. V. égal. **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois*, *op. cit.*, p. 104-105.

⁹¹⁴ *Marrois c. Dallaire*, [1970] C.S. 634.

cultivateur illettré et analphabète. Le contrat mentionnait un taux d'intérêt de 10% alors, qu'en réalité, les remboursements effectués par le débiteur trahissaient un taux de 18,5%. Face à cette situation clairement abusive, le juge Pelletier choisit de faire prévaloir le dogme de l'autonomie de la volonté arguant du fait que l'équité était une notion subjective et ambiguë, difficilement applicable en raison de l'infini variété des circonstances des cas d'espèces, et conduisant le juge à faire du sentiment⁹¹⁵. A ses yeux, le champ d'application de l'article 1040c devait donc être restreint au maximum et ne concerner que les contrats conclus avec des établissements de prêt.

Cette dynamique sera suivie en 1972 dans l'arrêt *Beneficial Finance c. Morasse*⁹¹⁶ rendu par une Cour d'appel, cette fois-ci, plus que réfractaire mais carrément hostile à l'article 1040c. Sous la plume du juge Salvas – qui avait pourtant appuyé l'interprétation favorable du juge Casey dans l'arrêt *Boutin*⁹¹⁷ –, la Cour d'appel fait une interprétation « restrictive, minimisante, voire dévitalisante »⁹¹⁸ de l'article 1040c. La particularité de cette espèce provenait du fait que le taux d'intérêt du contrat de prêt avait été fixé selon les termes de la loi fédérale sur les petits prêts. En conséquence, le juge Salvas décide d'opérer une hiérarchie constitutionnelle des textes en faisant prévaloir la loi fédérale sur la loi provinciale, réduisant cette dernière à peau de chagrin, voire à néant⁹¹⁹. Sa motivation est critiquable en ce que la question de l'articulation des textes avait été réglée par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Barfried*⁹²⁰ rendu en 1963. En l'espèce, les hauts juges durent se prononcer sur la constitutionnalité de la loi ontarienne *The Unconscionable Transactions Relief Act*⁹²¹ qui allait inspirer le Québec dans la rédaction de sa législation de 1964. La Cour suprême valida la constitutionnalité de la loi ontarienne car le législateur était intervenu dans la compétence exclusive de la province, à savoir le droit civil. En outre, la loi n'empiétait nullement sur le domaine fédéral puisqu'elle permettait uniquement aux juges d'intervenir au sein du contrat en cas de taux d'intérêt abusif. Elle ne lui offrait

⁹¹⁵ **TANCELIN (M.)**. « Chronique de jurisprudence », *C. de D.*, 1971, vol. 12, n° 3, p. 527. V. égal. **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois*, op. cit., p. 102.

⁹¹⁶ *Beneficial Finance c. Morasse*, (1972) C.A. 846, j. Salvas.

⁹¹⁷ **TANCELIN (M.)**. « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 1978, vol. 30, n° 4, p. 1021.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 1022.

⁹²⁰ *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd*, [1963] S.C.R. 572. V. *Osgoode Hall L. J.*, avr. 1965, vol. 3, n° 2, p. 191 ; **SHAFFER (H.B.)**. « *The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Limited* », *R.D. McGill*, sept. 1965, vol. 11, n° 3, p. 268.

⁹²¹ R.S.O. 1960, c. 410.

nullement la faculté de fixer le taux d'intérêt d'un contrat de prêt. Selon le professeur Tancelin, l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec « révèle la tendance profonde de nombreux juges québécois à l'interprétation restrictive et légaliste »⁹²² et témoigne de « l'aversion profonde des juges » face à une loi qui les invite à apprécier la justice contractuelle comme une fin en soi et non comme une « simple alternative à la stabilité contractuelle »⁹²³. Malheureusement, il n'est que le point de départ à un mouvement jurisprudentiel imperméable à la discrétion judiciaire. En effet, ces décisions composèrent le prélude à l'interprétation littérale défendue par la Cour d'appel jusqu'en 1977⁹²⁴. Le professeur Tancelin s'émeut particulièrement de la dénaturation que subit l'article 1040c, et plus généralement la discrétion judiciaire qui est « ravalée à [un] niveau caricatural »⁹²⁵. Le texte, totalement « torpillé »⁹²⁶ par une interprétation aussi conservatrice, perdrait sa raison d'être et ne servirait plus l'objectif fixé par le législateur.

133. Le retour de l' « interprétation large et libérale ». L' « interprétation large et libérale » retrouvera un nouveau souffle dans l'arrêt *Nadeau c. Nadeau*⁹²⁷ rendu par la Cour d'appel en 1977. Cet arrêt ne concernait pas directement l'article 1040c mais l'application de l'article 1040a à une promesse de vente. En fait, les juges eurent non seulement à se prononcer sur l'interprétation à donner à l'article 1040a mais également aux autres dispositions composant la loi de 1964⁹²⁸. Les juges de la Cour d'appel statuèrent en faveur d'une interprétation libérale de l'article 1040a qui, et bien que la solution soit finalement critiquable⁹²⁹, fut appliqué au cas d'espèce dans un souci d'équité⁹³⁰. En conséquence, la solution fut élargie à toutes les dispositions comprises dans la loi de 1964. Cette décision

⁹²² TANCELIN (M.). « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », *art. préc.*, p. 1022.

⁹²³ *Ibid.*, p. 1021.

⁹²⁴ MASSOL (G.). *La lésion entre majeurs en droit québécois, op. cit.*, p. 103 ; TANCELIN (M.). *Ibid.*, p. 1019-1020.

⁹²⁵ TANCELIN (M.). *Ibid.*, p. 1023.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ *Nadeau c. Nadeau*, [1977] C.A. 248. V.

⁹²⁸ ROUSSEAU-HOULE (T.). « Résolution d'une promesse de vente immobilière : nécessité de l'avis de 60 jours », *C. de D.*, 1977, vol. 18, n° 4, p. 923.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 924 : la professeure Rousseau-Houle estime la solution rendue critiquable car la situation du créancier ne rentrait pas dans le cadre de l'article 1040a de la loi de 1964. En effet, il ne s'agissait nullement d'une garantie d'une obligation mais d'une promesse de vente. Le créancier ne s'est donc jamais départi de sa propriété puisque l'immeuble en question n'a jamais été vendu. L'avant-contrat n'a jamais donné lieu à la conclusion d'un contrat de vente. Le créancier ne pouvait donc enregistrer une notification pour un droit – et un immeuble – qu'il avait toujours en sa possession.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 925.

encouragea, par la suite, un courant jurisprudentiel favorable à l'application de l'article 1040c, renouant ainsi avec la solution de l'arrêt *Boutin*⁹³¹.

134. La prise de conscience de la vulnérabilité de certaines parties au contrat et la volonté législative d'y remédier en palliant les situations abusives s'accompagnent discrètement d'un mouvement doctrinal et jurisprudentiel favorable à la reconnaissance du contrat d'adhésion qui allait devenir une notion centrale dans le discours contractuel québécois.

B. Les premières réponses aux effets indésirables du contrat d'adhésion

135. *La première consolidation.* La réception de la notion de contrat d'adhésion amorce un virage au début des années 1960 avec la publication de l'article de Pierre Azard⁹³², considéré comme la première étude québécoise détaillée sur le contrat d'adhésion. Les simples définitions et discrètes allusions font place à une reconnaissance effective, par la doctrine, du contrat d'adhésion. « En effet, écrit Azard, sur le plan des principes, la notion de contrat d'adhésion a sa place dans la conception que l'on se fait du droit civil en 1960 »⁹³³. Ce n'est donc pas un hasard si, quelques années plus tard, l'honorable juge Baudouin sous-entendra l'importance pour le droit des contrats du Code civil de reconnaître la figure du contrat d'adhésion⁹³⁴. A défaut, la matière risquerait d'être désaffectée, concurrencée, comme elle est, par l'essor de branches de droit connexes tel le droit du travail⁹³⁵. Dans son article, Pierre Azard dessine les premiers traits d'un régime spécifique qui serait applicable au contrat d'adhésion. Comparée à la France, la réception québécoise est moins critique à l'égard de la notion de contrat d'adhésion. Cette dernière n'est pas simplement considérée comme une expression « pittoresque »⁹³⁶ mais comme une notion vivante qui mérite de gagner en stabilité⁹³⁷. Azard souligne également l'important travail conduit, jusqu'alors, par la jurisprudence et la doctrine sur la définition même du contrat d'adhésion. Il relève que cette dernière se veut pragmatique, circonstanciée, objective et technique⁹³⁸. Elle a pour

⁹³¹ MASSOL (G.). *La lésion entre majeurs en droit québécois*, *op. cit.*, p. 106-107.

⁹³² AZARD (P.). « Le contrat d'adhésion », *R. du B.*, sept. 1960, t. 20, n° 7, p. 337.

⁹³³ *Ibid.*, p. 338.

⁹³⁴ BAUDOUIN (J.-L.). « Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse ? », *art. préc.*, p. 401.

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ RIPERT (G.) cité par AZARD (P.). « Le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 340.

⁹³⁷ AZARD (P.). *Ibid.*

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 341-342.

objectif de reconnaître l'existence du contrat d'adhésion, de mettre en avant son originalité et de souligner son importance dans l'économie québécoise⁹³⁹.

136. Le rejet de la présomption de connaissance. Azard va particulièrement insister sur l'attention portée par les tribunaux québécois à la protection du consentement de l'adhérent. Contrairement à la France, les juges québécois ont une conception subjective du consentement qu'ils ne limitent pas à la simple signature. En effet, dans les contrats pouvant être qualifiés d'adhésion, les juges vont parfois outrepasser la signature qui ne prouve en rien que l'adhérent ait réellement pris connaissance des termes du contrat⁹⁴⁰. Comme le relevait Trudel : « La jurisprudence ne se sent pas trop strictement liée par », ce qu'il appelait, « la magie de l'écriture, le fétichisme de la signature »⁹⁴¹. Pour évaluer la véracité et le degré de cette connaissance, les juges ne vont pas hésiter à descendre dans le détail de la conclusion du contrat et opérer un contrôle minutieux de ce que Azard qualifie de « structure feuilletée du contrat d'adhésion »⁹⁴². La conception subjective du consentement se déploie dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Parent*⁹⁴³ rendu en 1915 par la Cour suprême du Canada. Cette dernière, sans faire directement référence au contrat d'adhésion, pose les fondations du régime de protection du consentement de l'adhérent. Le litige en question opposait la veuve et le fils d'un gardien de bétail, Joseph Chalifour, et la compagnie des chemins de fer Canadian Pacific Railway qui vit sa responsabilité être engagée suite au décès de Chalifour. Ce dernier était monté à bord d'un train en partance de Winnipeg, dans le Manitoba, pour acheminer du bétail jusqu'à Montréal. Deux contrats, tous deux rédigés en anglais, avaient été signés indépendamment l'un de l'autre : le premier correspondait au contrat de transport du bétail jusqu'au Québec et le second constituait le titre de transport de M. Chalifour. Malheureusement, à la suite de négligences de la part des employés de la compagnie des chemins de fer, un accident survint en Ontario et coûta la vie à Chalifour. Outre la problématique du conflit de lois dans l'espace – la requête ayant été déposée au Québec alors que l'accident avait eu lieu en Ontario et la signature du contrat au Manitoba –, les juges de la Cour suprême durent se prononcer sur la responsabilité de la compagnie des chemins de fer qui fut retenue par les cours inférieures du Québec. La responsabilité

⁹³⁹ AZARD (P.). « Le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 341.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 344.

⁹⁴¹ TRUDEL (G.). *Lésion et contrat, op. cit.*, p. 160.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 345.

⁹⁴³ *Canadian Pacific Railway Co. c. Parent*, (1915) 51 S.C.R. 234.

de la Canadian Pacific Railway pouvait-elle être engagée alors que le contrat de transport du bétail stipulait une clause aux termes de laquelle la compagnie se dégageait de toute responsabilité en cas de dommage, de préjudice corporel et de mort du bétail, ou de la personne s'étant procurée un titre de transport ?

Le diable se cache souvent dans les détails, et cette affaire en est une parfaite illustration. En effet, le défunt s'était bel et bien procuré un titre de transport qui comprenait, ce que l'on appellerait aujourd'hui, une clause de renvoi au contrat principal. Or, les juges de la Cour suprême remarquent que cette clause de renvoi mentionne le dommage matériel, le préjudice corporel mais pas le risque de décès. Si une personne, même raisonnable, n'avait pas, au préalable, pris connaissance des termes du contrat principal, il lui eût été impossible d'imaginer que la compagnie des chemins de fer se dédouanerait du risque de mort pouvant survenir durant le trajet. Ce constat est corroboré par le fait que les hauts juges relèvent que Chalifour était illettré – il ne pouvant écrire que son nom – et ne comprenait pas l'anglais sauf pour les rares tournures de phrases et expressions employées dans son métier. Il n'était donc pas en mesure de lire, encore moins de comprendre, la clause de renvoi retranscrite sur le verso de son titre de transport⁹⁴⁴. Le transporteur avait-il réalisé les diligences nécessaires et suffisantes pour lui permettre de prendre la pleine mesure de son engagement ? Rien n'est moins sûr car la compagnie des chemins de fer n'apporte aucune preuve que des explications suffisamment éclairantes purent être données par des employés de la compagnie. Ainsi, les juges concluent que le consentement de la défunte victime avait été donné sous des circonstances qui ne permettent pas d'appliquer une présomption de connaissance. Cette position sera suivie par les juridictions québécoises qui, depuis lors, ne retiennent plus la présomption de connaissance⁹⁴⁵.

137. Le renversement de la charge de la preuve et la lutte contre les clauses léonines. Il est intéressant de relever que, mise à part l'évaluation de la qualité du consentement de l'adhérent, l'arrêt *Parent* renverse la charge de la preuve en la faisant supporter à la compagnie des chemins de fer. En principe, et selon les règles de preuve, c'est au demandeur d'apporter la preuve des faits allégués. Comment expliquer un tel

⁹⁴⁴ *Canadian Pacific Railway Co. c. Parent*, p. 246-250 (opinion du juge Davies), p. 254 (opinion du juge Idington). Pour les opinions dissidentes du Chief Justice Fitzpatrick et du juge Duff, v. p. 241 et p. 257.

⁹⁴⁵ *Israel c. Champlain Coach Lines Ltd.*, (1939) 77 C.S. 145.

renversement de la charge de la preuve ? Azard explique que les tribunaux québécois renvoient à l'article 1676 du Code civil du Bas-Canada⁹⁴⁶ qui dispose que : « Les avis par les voituriers de conditions spéciales limitant leur responsabilité, ne lient que les personnes qui en ont connaissance ; et nonobstant tel avis et la connaissance qu'on peut en avoir, les voituriers sont responsables lorsqu'il est prouvé que le dommage a été causé par leur faute ou celle de ceux dont ils sont responsables ». Applicable au contrat de voiturier, et plus généralement au contrat de transport, les juges québécois auraient trouvé dans cet article un moyen d'établir une interprétation en faveur de l'adhérent, mais aussi de désamorcer les clauses léonines, et en particulier les clauses limitatives de responsabilité, insérées dans les contrats d'adhésion⁹⁴⁷. En effet, Azard rapporte que : « la règle [l'article 1676 C.c.B.-C.] qu'on y lit *in fine* veut que le voiturier ne puisse se prévaloir d'une limitation de responsabilité lorsqu'on aura prouvé sa faute ou celle de son personnel »⁹⁴⁸. Même si nous aurons l'occasion d'y revenir plus longuement en seconde partie de cette étude⁹⁴⁹, d'emblée est-il intéressant de remarquer que ces outils jurisprudentiels (absence de présomption de connaissance et renversement de la charge de la preuve) fondent, aujourd'hui, la base du régime du contrat d'adhésion inséré dans le Code civil du Québec. Quant à l'interprétation du contrat d'adhésion, la problématique reste discrète au Québec car rapidement résolue. En effet, les tribunaux québécois ont très rapidement interprété les clauses du contrat d'adhésion de la même manière qu'un règlement ou une loi⁹⁵⁰.

138. Vers un régime général du contrat d'adhésion ? Azard termine son article en faisant l'éloge des efforts réalisés par les juges pour répondre aux besoins particuliers d'une notion qu'ils ont, de fait, pleinement intégrée dans leur vocabulaire. « En œuvrant dans ce sens, écrit l'auteur, les tribunaux du Québec ont certainement perfectionné, sur un point important, le système de droit civil »⁹⁵¹. Ils ont « adapté ce système à un mode de contrat qui, bien loin d'être exceptionnel, tend, en fait, à devenir la règle »⁹⁵². Contrairement à leurs homologues français, la doctrine et les tribunaux québécois ont été plus réceptifs à la notion de contrat d'adhésion, ou du moins plus rapides à cerner ses particularités et à comprendre

⁹⁴⁶ AZARD (P.), « Le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 346 et 348.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 348.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ V. *infra* n° 387 et n° 392.

⁹⁵⁰ AZARD (P.), *Ibid.*, p. 347.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 349.

⁹⁵² *Ibid.*

qu'il était urgent de répondre aux problématiques qui en découlaient, qu'ils aient été favorables, ou non, à la notion. A ce stade, le droit québécois présente une « originalité et une avance sur la France »⁹⁵³. Cependant, Trudel, qui dissipe toute crainte concernant un quelconque abus des procédures judiciaires⁹⁵⁴, souhaiterait que le contrat d'adhésion et ses conséquences inévitables fassent l'objet d'un contrôle judiciaire finement réglementé par une loi⁹⁵⁵. Face à la croissance exponentielle des contrats d'adhésion que l'on retrouve désormais dans tous les secteurs de la vie économique, « un recours général s'impose »⁹⁵⁶. « Aussi bien, écrit l'auteur, nous opterions pour l'affirmation générale du contrôle judiciaire des contrats lésionnaires comme moyen utile et suffisant de parer aux problèmes posés par les contrats d'adhésion »⁹⁵⁷. Examinant chaque contrat à la lumière des circonstances particulières qui ont entouré sa conclusion et qui participent à son exécution, l'auteur croit que « cette action ferait un contrepois normal à la force économique du contrat, monopolisante ou technique qui se range derrière les auteurs du contrat d'adhésion »⁹⁵⁸.

139. Malheureusement, l'introduction de l'action lésionnaire que défend ardemment Trudel ne sera pas introduite en droit civil québécois, ou du moins, comme nous le verrons, de façon très paradoxale. Néanmoins, le vœu de l'auteur de voir se construire une réponse générale au phénomène du contrat d'adhésion sera exaucé. Le Code civil du Québec, à l'aube du nouveau millénaire, intégrera parmi ses dispositions des règles spécifiques au contrat d'adhésion. Cependant, il était nécessaire, au préalable, que la notion de contrat d'adhésion mûrisse un peu dans l'esprit de la doctrine et qu'il trouve sa place dans le discours contractuel québécois.

* * *

Conclusion de la section 1 :

140. Le droit des contrats bas-canadien fut façonné suivant l'idéal libéral des codificateurs qui avaient à cœur de permettre la circulation facile et rapide des biens et des richesses dans une société bas-canadienne en passe de vivre l'imminente Révolution industrielle. Déjà les

⁹⁵³ TRUDEL (G.). *Lésion et contrat, op. cit.*, p. 160.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 161.

⁹⁵⁵ *Ibid.*

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 162.

⁹⁵⁷ *Ibid.*

⁹⁵⁸ *Ibid.*

inégalités contractuelles étaient nombreuses et opposaient patrons et ouvriers. Malgré cela, les commissaires à la codification firent le choix de ne pas tenir compte de cette réalité contractuelle aux antipodes de celle dans laquelle ils avaient inébranlablement foi. Il faudra attendre les années 1940, avec la reconnaissance, certes lente, de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle et les premières allusions faites au contrat d'adhésion, pour voir une évolution de la mentalité de la doctrine et de la jurisprudence québécoises. D'abord à la marge, cette évolution prit, ensuite, une tournure décisive au moment de la Révolution tranquille qui donna l'impulsion nécessaire à une métamorphose du droit des contrats québécois. Le contrat d'adhésion, dont les mentions demeurèrent encore timides, se vit toutefois reconnaître une influence déterminante sur la transformation de la théorie générale du contrat.

* * *

*

Section 2 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats à la fin du XX^e siècle

141. La fin du XX^e siècle trouve la notion de contrat d'adhésion sous les projecteurs d'une doctrine québécoise en pleine ébullition et en quête de renouveau au moment où le Code civil québécois entame une mutation majeure. A l'heure où l'Office de Révision du Code civil est en plein travaux de réforme, et à quelques années de présenter son rapport final, la doctrine québécoise va s'intéresser de plus près à la notion de contrat d'adhésion. Les auteurs ne vont pas hésiter à interpeller le législateur sur la nécessité impérieuse d'élaborer une réglementation générale sur-mesure pour la notion de contrat d'adhésion qui se verrait, à terme, être intégrée dans le futur Code civil du Québec (§ 1). En parallèle à cette proposition, le législateur québécois se montre plus actif dans la réalisation de l'idéal de protection des parties les plus vulnérables en élaborant les premières lois du droit de la consommation québécois. Bien que le contrat d'adhésion ne soit pas explicitement repris dans la législation consumériste, il ne fait aucun doute que cette dernière tire ses origines et son histoire du contrat d'adhésion (§ 2).

§ 1: Les premières propositions d'une réglementation générale du contrat d'adhésion

142. Dresser le portrait-robot du contrat d'adhésion. Dans le Québec du milieu des années 1970, le constat est sans appel : le contrat d'adhésion est partout, quotidien, utile, voire même indispensable⁹⁵⁹. Le contrat d'adhésion, devenu ordinaire, présente des avantages indéniables de rapidité, de célérité mais aussi de limitation des risques pour les entreprises⁹⁶⁰. Malgré cela, il est également susceptible de présenter des inconvénients, voire même des dangers, pour la partie qui y adhère⁹⁶¹. Il ne s'agit donc pas de renier le contrat d'adhésion, ni de lui dénier les mérites qui sont les siens, mais d'encadrer les abus desquels il peut être la source. Pour ce faire, les auteurs vont établir des analyses systématiques du contrat d'adhésion en commençant par dessiner le portrait-robot de ce contrat dans le but de mieux comprendre ses particularités⁹⁶². L'exercice de définition n'est pas aisé si bien que

⁹⁵⁹ **POPOVICI (A.)**. « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », *art. préc.*, p. 163.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 169-170.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 171.

⁹⁶² **CREPEAU (P.-A.)**. « Contrat d'adhésion et contrat type », in *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Baudouin, op. cit.*, p. 69 et s. ; **POPOVICI (A.)**. *Ibid.*, p. 164 et s.

Crépeau se rallie à la constatation de Carbonnier : le contrat d'adhésion « n'est pas rigoureusement définissable »⁹⁶³. Partant, il paraît plus opportun de cerner ses caractéristiques. Cependant, ces traits distinctifs sont nombreux et tous ne sont pas systématiquement retenus par la doctrine. Il est toutefois possible d'en retenir deux incontournables : la « rédaction unilatérale des clauses du contrat par l'offrant » et l'« acceptation en bloc forcée par l'adhérent (*sic*) »⁹⁶⁴. A cela s'ajoute la supériorité économique du stipulant, la nécessité d'une offre permanente et générale, ou encore le quasi-monopole de l'offrant⁹⁶⁵.

Le professeur Popovici propose une radiographie plus détaillée de ces caractéristiques en précisant les traits communs du stipulant, de l'adhérent, le support sur lequel est établi le contrat d'adhésion – contrat-type, formulaire administratif, formule rédigée par le stipulant –, la façon dont se forme le contrat d'adhésion mais aussi son contenu – en insistant plus particulièrement sur le danger des clauses léonines – et les diverses formes qu'il recouvre : contrat d'assurance, de banque, de transport, de parking, ou encore de laverie automatique⁹⁶⁶. Cet exercice de description des éléments constitutifs du contrat d'adhésion permet à la doctrine québécoise de repérer les points faibles et les dangers que peut présenter ce contrat. La conclusion est sans appel, et évidente : le danger le plus grand pour l'adhérent se cache dans les clauses accessoires du contrat d'adhésion, parfois rédigées en très petits caractères, souvent incompréhensibles pour une personne *lambda*, et toujours soustraites à la connaissance effective et réelle de l'adhérent⁹⁶⁷.

143. *Etablir l'état de l'art.* Avant de proposer une quelconque solution à la problématique des clauses abusives nichées parmi les nombreuses clauses accessoires du contrat d'adhésion, Crépeau et le professeur Popovici vont tous les deux établir un état de l'art de la doctrine étrangère sur cette même notion. Sources d'inspiration, les droits étrangers deviennent, pour le droit québécois, de véritables laboratoires d'expérimentation et d'observation des différentes solutions appliquées à travers le monde. C'est tout naturellement que le professeur Popovici observe plus attentivement les remèdes apportés

⁹⁶³ CREPEAU (P.-A.). *Ibid.*

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ POPOVICI (A.). *Ibid.*, p. 164-169.

⁹⁶⁷ CREPEAU (P.-A.). *Ibid.*, p. 73-74 ; POPOVICI (A.). *Ibid.*, p. 171.

par la doctrine française⁹⁶⁸. Après avoir rendu compte du débat qui oppose les tenants de la nature contractuelle du contrat d'adhésion aux défenseurs de sa nature réglementaire⁹⁶⁹ et relevé les différentes actions mises en place par le droit français, le professeur Popovici relève que le souci premier partagé par la doctrine française est, bien entendu, de protéger l'adhérent⁹⁷⁰.

Le professeur Popovici brosse également le panorama des moyens québécois mis en œuvre pour contrer les effets potentiellement néfastes du contrat d'adhésion. Il revient justement sur l'article d'Azard que nous avons précédemment étudié. Selon le professeur Popovici, ce dernier s'est parfois montré très optimiste quant aux efforts réalisés par la jurisprudence québécoise pour contrer les abus des contrats d'adhésion et pour contrôler, en particulier, le consentement effectif de l'adhérent. Certes, les juges québécois ont toujours été sensibles à la théorie de la connaissance effective et non présumée. L'auteur admet que les juges n'ont jamais hésité à descendre dans le détail des contrats d'adhésion pour vérifier la réalité du consentement de l'adhérent⁹⁷¹. Il affirme également qu'ils ont bel et bien renverser les règles de preuve en faisant supporter ce fardeau non plus au demandeur, l'adhérent, mais bien au défendeur, le stipulant⁹⁷². Cependant, le professeur Popovici n'est pas convaincu que cette position jurisprudentielle puisse s'expliquer par l'extrapolation de l'article 1676 du Code civil du Bas-Canada concernant les voituriers⁹⁷³. Il est encore moins persuadé que la solution aux problématiques du contrat d'adhésion puisse être enfermée dans une généralisation de ladite disposition à tous les contrats d'adhésion⁹⁷⁴. Ainsi, l'auteur doute « encore que le raisonnement de M. Azard, si équitables et efficaces qu'en soient les résultats, soit définitivement entériné sous cette forme par notre droit positif »⁹⁷⁵. Aux yeux du professeur Popovici, comme de Crépeau, il est nécessaire d'aller plus loin dans la réglementation du contrat d'adhésion en érigeant des mesures spécifiques aux besoins qui en découlent.

⁹⁶⁸ **POPOVICI (A.)**. *Ibid.*, p. 172 et s.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 173.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 175.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 183.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 183.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 182.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 183.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

144. Proposer une réglementation générale du contrat d'adhésion. Le professeur Popovici propose, tout d'abord, des solutions préventives à l'image de la création d'un tribunal ou d'une commission composé.e de représentants des commerçants et des consommateurs⁹⁷⁶. Ce tribunal, ou cette commission, aurait pour mission de rédiger les multiples contrats d'adhésion fréquemment utilisés en respectant les dispositions de la loi et des règlements. L'utilisation de ces contrats par les professionnels serait ensuite obligatoire. Une telle structure se calquerait sur le modèle des régies québécoises qui encadrent les pratiques et opèrent un contrôle administratif sur les contrats conclus dans divers domaines d'activités telle la régie de l'énergie, du logement, ou encore de l'assurance maladie. Toujours dans cette perspective, le professeur Popovici suggère la création d'une procédure par laquelle les entreprises et commerçants pourraient soumettre leurs formules-types à un juge qui aurait à apprécier de la légalité du contenu de ces futurs contrats⁹⁷⁷. Les deux solutions imaginées sont sans aucun doute très attrayantes et leur efficacité serait probablement optimale. Cependant, dans les deux cas, ces procédures se révéleraient être, à terme, très contraignantes, mais aussi très coûteuses autant pour la société que pour les commerçants.

Reste les deux ressources déjà exploitées au Québec, mais aussi dans les autres pays industrialisés : le contrôle judiciaire curatif et l'intervention législative. Selon Crépeau, il ne s'agit pas de choisir l'une ou l'autre de ces ressources mais de les combiner et d'appliquer la plus adéquate selon la situation⁹⁷⁸. Commençons par le contrôle judiciaire. Ce dernier, déjà à l'ouvrage, devrait être renforcé. La doctrine québécoise invite les juges à dépasser la simple évaluation de la connaissance effective de l'adhérent pour contrôler, et enrichir, le contenu implicite du contrat grâce à leur pouvoir de détermination⁹⁷⁹. Selon Trudel, il n'y a pas de doute : c'est dans l'intervention judiciaire que se trouve le salut de l'adhérent. « L'individu a besoin d'un appui capable de faire contrepoids à un cocontractant qui lui impose un marché excessif, écrit-il. C'est dans l'intervention judiciaire et nulle part ailleurs que cet appui peut se trouver [...] »⁹⁸⁰. Ce pouvoir judiciaire de détermination trouverait sa

⁹⁷⁶ **POPOVICI (A.)**. « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », *art. préc.*, p. 194.

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ **CREPEAU (P.-A.)**. « Contrat d'adhésion et contrat type », *art. préc.*, p. 72.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 75.

⁹⁸⁰ **TRUDEL (G.)**. « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Baudouin, op. cit.*, p. 229.

source dans l'équité qui serait également à l'origine d'un contrôle de la lésion qualifiée⁹⁸¹. Les auteurs québécois n'en démordent pas : à leurs yeux, la lésion est le fer de lance de la justice contractuelle, et la bannière d'une meilleure protection de l'adhérent. Le professeur Popovici l'avoue : « on peut se demander si une généralisation et une extension de la lésion entre majeurs ne serait pas une des solutions les plus adéquates au problème des contrats d'adhésion »⁹⁸². Inspirée des dispositions américaines, allemandes, voire même israéliennes, cette lésion qualifiée ne se résumerait plus seulement à la disproportion économique de la relation contractuelle mais engloberait également la problématique de l'exploitation de la partie vulnérable par la partie en position de force⁹⁸³. Ne serait-il pas temps de dépasser la prohibition, désormais archaïque, de la lésion entre majeurs décrétée par les codificateurs bas-canadiens ? Ne serait-il pas plus juste de reconnaître que derrière les diverses interventions législatives que nous avons étudiées plus haut se cache, en réalité, la notion de lésion ? En effet, selon le professeur Popovici la politique sociale menée par le législateur depuis les années 1960 « laisse apparaître la notion de lésion »⁹⁸⁴. En outre, la doctrine québécoise estime l'intervention législative tout aussi nécessaire au niveau de la formation du contrat d'adhésion. En ce sens, le législateur mériterait à mettre sur pied une réglementation générale du contrat d'adhésion avec l'addition, dans le Code civil, de dispositions visant à encadrer la forme des contrats d'adhésion, la rédaction de leurs clauses, la lutte contre les clauses abusives – qui vaudrait la peine d'être organisée par une nomenclature des clauses léonines – et, pourquoi pas, à imposer une obligation préalable d'information au stipulant⁹⁸⁵.

Le professeur Popovici remarque que dans les différentes lois spéciales adoptées par le législateur dans les domaines des chemins de fer ou de la distribution de gaz et d'électricité, « nulle part n'apparaît la notion de contrat d'adhésion en tant que telle »⁹⁸⁶. Elle est, en réalité, « souvent sous-jacente »⁹⁸⁷. L'idée est lancée : la doctrine québécoise souhaite que la réforme du Code civil puisse intégrer la figure du contrat d'adhésion, et avec elle, un régime spécifique. Trudel ne cesse de le marteler : la révision du Code est urgente

⁹⁸¹ CREPEAU (P.-A.). « Contrat d'adhésion et contrat type », *art. préc.*, p. 76.

⁹⁸² POPOVICI (A.). « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », *art. préc.*, p. 192.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 172.

⁹⁸⁵ POPOVICI (A.). « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », *art. préc.*, p. 195 et s.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 185.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 189.

et doit tenir compte des phénomènes sociaux de son temps⁹⁸⁸. Le législateur ne doit plus se contenter d'œuvrer par à-coup, par tranches, au gré de situations spécifiques, et suivant les besoins ponctuels et très changeants des particuliers. Il ne devrait plus se limiter à sous-entendre la notion de contrat d'adhésion dans l'élaboration de ses dispositions. Le risque, déjà signalé, serait de fragiliser le droit civil et d'affaiblir le droit des contrats. Il doit redevenir « un codificateur »⁹⁸⁹ prenant la pleine mesure des besoins sociaux de son époque, mais aussi de ses valeurs. Partant, il est de son devoir, suggère Trudel, de transformer les mesures supplétives qu'étaient les dispositions du droit des contrats en normes impératives⁹⁹⁰. Ces normes permettraient d'établir une ligne de conduite que chaque contractant devra respecter sous peine de sanction judiciaire. En effet, ces dispositions d'ordre public fourniraient un « gabarit » pour le juge « pour dépister l'excès et ramener les conséquences d'un contrat abusif dans les limites normales, équitables requises pour que la loi et le contrat servent leur but social dans l'établissement de relations humaines et économiques »⁹⁹¹. « La discrétion judiciaire a besoin d'une norme dans le Code pour n'être pas elle-même absolue », écrit Trudel⁹⁹². Cette normalité contractuelle, en particulier, ferait alors échec à une liberté contractuelle désormais dépassée et qui n'a plus de sens à l'ombre des contrats d'adhésion⁹⁹³. Ce faisant, il s'agirait, aux yeux de Trudel, non seulement de réformer les dispositions techniques du Code mais également d'adopter une nouvelle philosophie contractuelle⁹⁹⁴.

145. Le législateur québécois ira-t-il jusque-là ? La philosophie du droit des contrats québécois sera-t-elle transformée dans ses fondements jusqu'alors inébranlables ? En tout état de cause, « il s'agit de concilier non seulement le principe sacro-saint de l'autonomie de la volonté, bien battu en brèche, il est vrai, mais encore les principes de morale et d'équité élémentaires, avec les impératifs de la vie économique »⁹⁹⁵. C'est à un véritable jeu d'équilibriste auquel devra se livrer le législateur québécois. En attendant, ce dernier, qui n'a pas encore revêtu sa casquette de codificateur – la réforme du Code civil québécois n'étant

⁹⁸⁸ **TRUDEL (G.)**. « Des frontières de la liberté contractuelle », *art. préc.*, p. 221-222.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 220 ; **POPOVICI (A.)**. *Ibid.*, p. 200.

⁹⁹⁰ **TRUDEL (G.)**. *Ibid.*, p. 225.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 228.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 229.

⁹⁹³ **TRUDEL (G.)**. « Des frontières de la liberté contractuelle », *art. préc.*, p. 220.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 224.

⁹⁹⁵ **POPOVICI (A.)**. « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », *art. préc.*, p. 163.

qu'à ses balbutiements – intervient encore de façon ponctuelle, mais significative pour le contrat d'adhésion, en adoptant les premières lois qui composent le droit québécois de la consommation.

§ 2 : Le contrat d'adhésion, référence explicite de la législation consumériste

146. L'apparition du droit de la consommation. C'est au lendemain de la Seconde Guerre mondiale que naît le droit de la consommation canadien, inspiré de la législation consumériste de son voisin américain⁹⁹⁶. À l'image de nos Trente Glorieuses, le Canada enregistre une croissance économique sans précédent et une augmentation du niveau de vie de ses ménages qui vont de plus en plus consommer. Le mouvement législatif connaît une accélération au début des années 1960 jusque dans les années 1970 en raison de l'accès au crédit généralisé et relativement facile⁹⁹⁷. Les ménages canadiens s'endettent de plus en plus pour consommer et n'hésitent pas à recourir à la carte de crédit qui leur offre une liberté d'achat illusoire et dangereuse. En effet, la facture finale n'est transmise aux titulaires de la carte qu'en fin de mois et bien souvent, elle s'avère salée, car beaucoup de consommateurs en arrivent à déboursier de l'argent qu'ils n'ont pas. Partant, les consommateurs les plus endettés n'auront pas les fonds suffisants pour honorer leur dette. Or, les établissements de crédit imposent un taux d'intérêt s'élevant à 18 ou 20% sur les sommes impayées. C'est donc un cercle vicieux qui se crée et dans lequel le consommateur est happé. En conséquence, les consommateurs vont graduellement solliciter le gouvernement, qu'il soit fédéral ou provincial, pour mettre un terme aux divers abus et déséquilibres dont ils sont victimes⁹⁹⁸. Le besoin de régulation se fait vivement sentir au sein de la population canadienne, et plus particulièrement parmi les citoyens québécois. Prenant exemple sur les législations des provinces canadiennes voisines⁹⁹⁹, le législateur québécois adopte en 1971

⁹⁹⁶ **BELOBABA (E.P.)**. « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 », in *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, BERNIER (I.), LAJOIE (A.) (dir.), Ottawa : Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, p. 5.

⁹⁹⁷ **JACOBY (D.)**. « L'évolution du droit de la consommation à la lumière de l'expérience québécoise : la nécessité d'une transformation en profondeur du droit des contrats », in *Rapport de la conférence canadienne sur le droit de la consommation*, Montréal : Groupe de recherche en jurimétrie, 1976, p. 395.

⁹⁹⁸ **POUPART (F.)**. « L'achat d'un bien de consommation : les recours d'un acheteur victime d'un vice de consentement », *R.J.T.*, 1981-1982, vol. 16, n° 3, p. 424. V. spéc. **L'HEUREUX (N.)**. « L'identification du consommateur, son besoin de protection », *R. du B.*, janv.-fév. 1979, t. 39, n° 1, p. 41 ; **NORMAND (S.)**. « Le Code et la protection du consommateur », *C. de D.*, déc. 1988, vol. 29, n° 4, p. 1070 et s.

⁹⁹⁹ **POUPART (F.)**. *Ibid.*, p. 428 ; **MOORE (B.)**. « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », in *Le droit de la consommation sous influences*, LAFOND (P.-C.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2007, p. 5.

la Loi de la protection du consommateur dont le champ d'application est particulièrement restreint puisque ne concerne que les contrats de crédit à la consommation et certaines pratiques commerciales considérées comme dangereuses telle la vente pyramidale, ou encore la vente « à la boule de neige »¹⁰⁰⁰. Les dispositions de la loi de 1971 ont pour objectif de standardiser l'offre de crédit, d'en limiter les abus et de contenir l'endettement des ménages québécois les plus endettés.

Bien que sa portée technique soit limitée, cette loi « exorbitante du droit commun »¹⁰⁰¹ pose la première pierre du droit québécois de la consommation. Elle « bat en brèche » le principe du consensualisme et introduit un formalisme exigeant afin de protéger le consentement du consommateur qui contracterait un contrat de crédit¹⁰⁰². Elle aménage la formation du contrat en imposant le respect d'un délai de réflexion lorsque le consommateur est invité à conclure un contrat à son domicile¹⁰⁰³. Surtout, elle introduit une « innovation originale » en proposant une disposition visant à sanctionner la lésion à la fois objective et subjective¹⁰⁰⁴. C'est ainsi que l'article 118 dispose que : « Tout consommateur dont le commerçant a exploité l'inexpérience peut demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations si celles-ci sont considérablement disproportionnées par rapport à celles du commerçant ». La loi de 1971 a donc pour conséquence de marquer un tournant dans la compréhension de la théorie générale du contrat¹⁰⁰⁵. En effet, ses répercussions seront plutôt d'ordre « psycho-sociologique »¹⁰⁰⁶ en ce que les juristes vont être invités à porter un autre regard sur le droit commun des contrats dont ils perçoivent l'urgence de sa révision. Les consommateurs, quant à eux, vont se sentir plus protégés, mais cette impression ne durera qu'un temps. A peine la loi de 1971 adoptée que le législateur québécois se voit contraint de remettre l'ouvrage sur le métier en raison

¹⁰⁰⁰ **POUPART (F.)**. « L'achat d'un bien de consommation : les recours d'un acheteur victime d'un vice de consentement », *art. préc.*, p. 428 ; **JACOBY (D.)**. « L'évolution du droit de la consommation à la lumière de l'expérience québécoise : la nécessité d'une transformation en profondeur du droit des contrats », *art. préc.*, p. 396 ; **MASSE (C.)**. « L'information et l'exploitation des consommateurs », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, n° 1, p. 110.

¹⁰⁰¹ **JACOBY (D.)**. « Rapport sur la consommation et la formation du contrat en droit québécois », in *La protection des consommateurs (journées canadiennes)*, TAHC, t. 23, Paris : Dalloz, 1973, p. 71.

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 75 et s.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p. 79.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 86.

¹⁰⁰⁵ **PERRET (L.)**. « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil », *R.D.U.S.*, 1985, vol. 15, n° 2, p. 253 ; **POUPART (F.)**. « L'achat d'un bien de consommation : les recours d'un acheteur victime d'un vice de consentement », *art. préc.*, p. 428 ; **MASSE (C.)**. « L'information et l'exploitation des consommateurs », *art. préc.*, p. 110.

¹⁰⁰⁶ **JACOBY (D.)**. « L'évolution du droit de la consommation à la lumière de l'expérience québécoise : la nécessité d'une transformation en profondeur du droit des contrats », *art. préc.*, p. 397.

de la pression populaire qui réclame une intervention élargie de l'Etat¹⁰⁰⁷. Les québécois revendiquent l'élaboration d'une législation consumériste générale qui puisse protéger tous les consommateurs, peu important le contrat conclu. C'est ainsi que sera adoptée la Loi sur la protection du consommateur de 1978, qui abroge la loi sectorielle de 1971 et qui vient réglementer tous les contrats de consommation conclus concernant un bien – meuble ou immeuble – ou un service. Cette loi de 1978 s'apparente à un véritable code de la consommation si bien que les interventions législatives en droit de la consommation ne seront désormais plus que ponctuelles et extrêmement précises¹⁰⁰⁸.

Les lois de 1971 et de 1978 ont pour point commun de proposer « des mesures de protection juridique » destinées à encadrer « les relations contractuelles entre, d'une part, un particulier qui se porte acquéreur d'un bien ou d'un service pour des fins de consommation personnelle et, d'autre part, une entreprise commerciale, qu'il s'agisse d'un fabricant, d'un détaillant, d'un pourvoyeur de services ou d'un professionnel »¹⁰⁰⁹. Ces mesures de protection sont à la fois préventives et curatives¹⁰¹⁰. Elles visent à garantir l'authenticité du consentement des consommateurs en s'assurant que ce dernier, s'il n'est pas totalement libre, est toutefois éclairé ; à améliorer l'information transmise aux consommateurs et à en faciliter l'accès ; à encadrer la publicité ; à rétablir le formalisme et à corriger toute situation abusive résultant de l'exploitation du consommateur. Il s'agit, par exemple, d'octroyer une faculté de résiliation à la discrétion du consommateur une fois le contrat conclu (cette faculté ne s'exerce que dans certains cas particuliers tel le contrat conclu à distance¹⁰¹¹ ou le contrat conclu avec un commerçant itinérant¹⁰¹², par exemple), ou encore de sanctionner la stipulation de certaines clauses considérées comme abusives

¹⁰⁰⁷ MASSE (C.). *Ibid.*, p. 114.

¹⁰⁰⁸ BELOBABA (E.P.). « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 », *art. préc.*, p. 8 et s.

¹⁰⁰⁹ MASSE (C.). « Fondement historique du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 46.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ Art. 54.8 L.P.C. : « Le consommateur peut résoudre le contrat dans les sept jours suivant la réception de l'exemplaire du contrat dans l'un ou l'autre des cas suivants : a) le commerçant n'a pas, avant la conclusion du contrat, divulgué au consommateur tous les renseignements énumérés à l'article 54.4 ou ne les a pas divulgués conformément à cet article ; b) le commerçant n'a pas, avant la conclusion du contrat, expressément donné au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition ou d'en corriger les erreurs ; c) le contrat n'est pas conforme aux exigences de l'article 54.6 ; d) le commerçant n'a pas transmis un exemplaire du contrat de façon à garantir que le consommateur puisse aisément le conserver et l'imprimer sur support papier ».

¹⁰¹² Art. 59 L.P.C. : « Le contrat conclu entre un commerçant itinérant et un consommateur peut être résolu à la discrétion de ce dernier dans les dix jours qui suivent celui où chacune des parties est en possession d'un double du contrat ».

telles les clauses de modification unilatérale du contrat¹⁰¹³ et les clauses limitatives de responsabilité¹⁰¹⁴. En ce sens, la L.P.C. présente un embryon de régime général contre les clauses abusives¹⁰¹⁵. Enfin, il s'agit surtout de permettre au juge de réviser le contrat en cas de lésion.

147. L'introduction définitive de la lésion dans le droit québécois de la consommation. Dans la lignée de la loi de 1964 qui introduisit une exception remarquable à l'interdiction de la rescision pour lésion d'un contrat conclu entre majeurs posée dans le Code civil du Bas-Canada, le législateur québécois fait un pied-de-nez au principe du droit commun des contrats en reconnaissant la lésion entre majeurs en matière de consommation. Cette dérogation expresse trouve, tout d'abord, son fondement dans l'ancien article 118 de la loi de 1971. Pour rappel, ce dernier disposait que : « Tout consommateur dont le commerçant a exploité l'inexpérience peut demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations si celles-ci sont considérablement disproportionnées par rapport à celles du commerçant ». L'ancien article 118 consacrait deux types de lésion : objective et subjective¹⁰¹⁶. En effet, il faisait à la fois référence à l'exploitation du consommateur et à la disproportion des obligations. Partant, le consommateur qui se plaignait de lésion devait prouver que le commerçant l'avait exploité¹⁰¹⁷, c'est-à-dire qu'il avait profité de sa méconnaissance du droit et, le cas échéant, de son état de nécessité économique pour lui imposer des conditions disproportionnées¹⁰¹⁸. Malgré le peu de décisions rendues sur cette disposition, l'accueil de la jurisprudence pouvait, dans l'ensemble, être qualifié de positif¹⁰¹⁹. Les juges se voyaient confier un pouvoir d'appréciation extrêmement large en ce que l'ancien article 118 ne posait aucune condition d'application de la lésion¹⁰²⁰. Ils allaient donc faire une interprétation large de l'exploitation en retenant, non pas seulement, ni exclusivement, un acte positif de la part du commerçant,

¹⁰¹³ Art. 11.2 L.P.C. : Sauf stipulation contraire dont le contenu est réglementé par ledit article, « est interdite la stipulation prévoyant que le commerçant peut unilatéralement modifier le contrat [...] ».

¹⁰¹⁴ Art. 10 L.P.C. : « Est interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant ».

¹⁰¹⁵ **JACOBY (D.)**. « Le contrôle des pratiques illégales et irrégulières au regard de la politique de protection des consommateurs », *R. du B.*, mars-avr. 1986, t. 46, n° 2, p. 192.

¹⁰¹⁶ **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰¹⁷ **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰¹⁸ **MASSE (C.)**. « L'information et l'exploitation des consommateurs », *art. préc.*, p. 97.

¹⁰¹⁹ **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰²⁰ **L'HEUREUX (N.)**, **JOBIN (P.-G.)**. « La protection du consommateur dans l'exécution des contrats en droit québécois », *C. de D.*, 1973, vol. 14, n° 3, p. 525 ; **POUPART (F.)**. « L'achat d'un bien de consommation : les recours d'un acheteur victime d'un vice de consentement », *art. préc.*, p. 426.

mais en évaluant toutes les circonstances qui avaient entouré la conclusion du contrat et accompagné son exécution¹⁰²¹.

La reconnaissance de la lésion entre majeurs sera reconduite dans la loi de 1978 qui reprend, en substance, la règle introduite par la loi de 1971 mais qui vient en modifier la forme. L'article 8 de la L.P.C. prévoit, en effet, ceci : « Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante ». Cette disposition doit se lire à la lumière de l'article 9¹⁰²² de la loi de 1978 qui peut guider le juge dans l'appréciation de la lésion¹⁰²³. La formulation de l'article 8 fait l'objet d'un débat au sein de la doctrine québécoise. Certes, la définition de la lésion se trouve nettement améliorée contrairement à la disposition de la loi de 1971. Cependant, s'agit-il d'une lésion objective ou subjective ? Ou des deux ? Aux yeux de Poupart, la rédaction de l'article 8 laisse à désirer et fait planer une hésitation quant au type de lésion consacrée¹⁰²⁴. *A contrario*, selon Perret, la première partie de la disposition renvoie clairement à une conception objective de la lésion car vise à sanctionner une disproportion des obligations du contrat, tandis que la seconde partie de l'article vise obligatoirement une autre forme de lésion, probablement subjective, au risque de faire une redondance¹⁰²⁵. Avis repris par Jacoby qui estime que l'article 8 consacre, à la fois, la lésion objective et la lésion subjective¹⁰²⁶. Cette interprétation sera suivie par M. Massol qui, s'appuyant sur les arguments de Perret, défend également la lecture subjective de la seconde partie de la disposition consumériste¹⁰²⁷. En effet, l'excessivité de l'obligation, détachée de toute exploitation, renvoie à une approche subjective de la lésion en ce qu'elle suppose d'apprécier les circonstances et conditions qui rendent l'obligation trop lourde et inutile

¹⁰²¹ MASSOL (G.). *Ibid.*, p. 109 et s.

¹⁰²² Art. 9 L.P.C. : « Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur ».

¹⁰²³ MASSOL (G.). *Ibid.*, p. 119 ; PERRET (L.). « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil », *art. préc.*, p. 268 ; POUPART (F.). « L'achat d'un bien de consommation : les recours d'un acheteur victime d'un vice de consentement », *art. préc.*, p. 426.

¹⁰²⁴ POUPART (F.). *Ibid.*

¹⁰²⁵ PERRET (L.). « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil », *art. préc.*, p. 265-266.

¹⁰²⁶ JACOBY (D.). « Le contrôle des pratiques illégales et irrégulières au regard de la politique de protection des consommateurs », *art. préc.*, p. 199.

¹⁰²⁷ MASSOL (G.). *La lésion entre majeurs en droit québécois, op. cit.*, p. 118-119.

pour le consommateur. Qui plus est, contrairement à l'ancien article 118, le consommateur n'a pas à apporter la preuve d'une quelconque exploitation. L'article 8 de la L.P.C. pose un principe de lésion irréfragable dès lors qu'il y a une forte disproportion entre les obligations des parties¹⁰²⁸. Au-delà de cette ambiguïté, tous les auteurs se félicitent de la généralisation de la lésion permise par la loi de 1978 et tous espèrent voir la lésion être prochainement introduite dans le nouveau Code civil québécois¹⁰²⁹. Pour cause, une telle extension au droit commun des contrats serait un « acquis fondamental »¹⁰³⁰ non seulement pour les consommateurs mais pour tous les contractants victimes d'exploitation en raison de leur vulnérabilité économique ou sociale. En ce sens, l'article 8 de la L.P.C. invite les juristes québécois à réviser la conception qu'ils ont de la relation contractuelle contemporaine¹⁰³¹.

148. Le contrat d'adhésion à l'origine du droit de la consommation. Le droit québécois de la consommation constitue un véritable déclencheur d'une remise en cause de la théorie contractuelle classique. Son existence même souligne à quel point ce discours est dépassé et inadéquat pour encadrer les relations contractuelles contemporaines. Le besoin d'une telle législation révèle combien il est nécessaire de revoir en profondeur les règles du droit commun des contrats¹⁰³². Quelle dynamique anime le droit de la consommation ? Quel élément conduit cette législation à douter des principes classiques du droit des contrats ? Contrairement à la France, la réponse est explicite et évidente. C'est le contrat d'adhésion, sa réalité et ses conséquences, qui alimentent le droit de la consommation québécois. Tous les auteurs, sans exception, le reconnaissent¹⁰³³. Les difficultés que le droit

¹⁰²⁸ **CHARPENTIER (E.)**. « L'article 8 de la Loi sur la protection du consommateur comme symbole de la transformation de la lésion », in *Mélanges Claude Masse, op. cit.*, p. 519-520.

¹⁰²⁹ **MASSOL (G.)**. *Ibid.*, p. 125 ; **PERRET (L.)**. *Ibid.*, p. 269 ; **POUPART (F.)**. « L'achat d'un bien de consommation : les recours d'un acheteur victime d'un vice de consentement », *art. préc.*, p. 427.

¹⁰³⁰ **MASSE (C.)**. « L'information et l'exploitation des consommateurs », *art. préc.*, p. 102.

¹⁰³¹ **CHARPENTIER (E.)**. « L'article 8 de la Loi sur la protection du consommateur comme symbole de la transformation de la lésion », *art. préc.*, p. 516-517.

¹⁰³² **JACOBY (D.)**. « L'évolution du droit de la consommation à la lumière de l'expérience québécoise : la nécessité d'une transformation en profondeur du droit des contrats », *art. préc.*, p. 398 et s.

¹⁰³³ **BAUDOIN (J.-L.)**. « La protection du consommateur et la formation des contrats civils et commerciaux », *R. du B.*, janv. 1975, t. 35, n° 1, p. 31 ; **BELOBABA (E.P.)**. « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 », *art. préc.*, p. 21-22 (référence implicite) ; **BELLEY (J.-G.)**. « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », in *Mélanges Claude Masse, op. cit.*, p. 124 ; **CREPEAU (P.-A.)**. « Le droit civil et le droit de la protection du consommateur », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, n° 1, p. 14 ; **JACOBY (D.)**. « Rapport sur la consommation et la formation du contrat en droit québécois », *art. préc.*, p. 71 ; **L'HEUREUX (N.)**. « La protection du consommateur », *C. de D.*, déc. 1988, vol. 29, n° 4, p. 1092 ; **L'HEUREUX (N.)**, **JOBIN (P.-G.)**. « La protection du consommateur dans l'exécution des contrats en droit québécois », *art. préc.*, p. 500 ; **MOORE (B.)**. « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation et le droit commun », *art. préc.*, p. 21 ; **PERRET (L.)**. « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil », *art. préc.*, p. 269.

québécois de la consommation cherche à pallier résultent, pour la majorité d'entre elles, de l'adhésion du consommateur aux termes d'un contrat de consommation dont l'auteur ne considère pas forcément la protection de ses intérêts comme une priorité¹⁰³⁴. En conséquence, le contrat d'adhésion, qui accompagne le mouvement consumériste, et qui lui est même indispensable, devient la source de l'exploitation du consommateur par le commerçant. Néanmoins, et c'est là que brille toute la complexité et le paradoxe du contrat d'adhésion, ce dernier va être utilisé par le droit de la consommation pour protéger le consommateur vulnérable contre la partie forte au contrat¹⁰³⁵. Le contrat d'adhésion se voit devenir la bannière du droit de la consommation. Partant, il n'est pas étonnant de lire sous la plume de Claude Masse que : « toute l'évolution du droit de la consommation tournera maintenant autour du contrat d'adhésion comme réalité commerciale et comme théorie juridique »¹⁰³⁶. L'histoire du droit québécois de la consommation est, naturellement, étroitement liée aux bouleversements socio-économiques qu'a connu le Québec. Or, ces mêmes changements ont été rendus possible grâce au contrat d'adhésion qui a fait son apparition « comme mode contractuel dominant »¹⁰³⁷. C'est ainsi que le droit de la consommation met un bémol aux exaltations de la théorie classique du contrat, et notamment du principe de l'autonomie de la volonté. Cela s'explique du fait de la nature particulière du contrat d'adhésion qui « va alors mettre en péril la pertinence du droit des obligations en s'attaquant à son fondement même : la liberté contractuelle »¹⁰³⁸.

Cela étant, certains auteurs jugent insuffisante la réglementation du contrat d'adhésion par le seul droit de la consommation. Selon Claude Masse, il est impératif de replacer le concept de contrat d'adhésion au sein de son contexte économique et social¹⁰³⁹. « Contrairement à ce qu'ont affirmé certains juristes québécois, écrit Masse, je crois que le problème du contrat d'adhésion est loin d'être dépassé »¹⁰⁴⁰. C'est pourquoi Perret reprend

¹⁰³⁴ L'HEUREUX (N.), JOBIN (P.-G.). *Ibid.*

¹⁰³⁵ BAUDOUIN (J.-L.). « La protection du consommateur et la formation des contrats civils et commerciaux », *art. préc.*, p. 38.

¹⁰³⁶ MASSE (C.). « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 107.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 109.

¹⁰³⁸ MASSE (C.). « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 107.

L'honorable Moore adoptera des propos plus nuancés en écrivant, quelques années plus tard, qu'« en réalité, le droit de la consommation a su provoquer les modifications au droit commun que le développement de la notion de contrat d'adhésion au début du siècle dernier avait préparé » (MOORE (B.). « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation et le droit commun », *art. préc.*, p. 20).

¹⁰³⁹ MASSE (C.). « L'information et l'exploitation des consommateurs », *art. préc.*, p. 99.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.* : l'auteur fait ici référence à l'article du professeur Popovici du même titre, et que nous avons étudié précédemment (« Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? »).

l'idée déjà défendue d'une construction d'une réglementation générale du contrat d'adhésion ou, du moins, l'édition de règles spéciales qui trouveraient leur place au sein du Code civil québécois¹⁰⁴¹. « La justice contractuelle est sans doute nécessaire pour les consommateurs qui se trouvent souvent en situation d'infériorité, écrit Perret, mais elle ne doit pas être un monopole exclusif »¹⁰⁴². En effet, les consommateurs ne sont pas les seules victimes d'une possible exploitation. Des contractants considérés habituellement comme non vulnérables, par exemple des entreprises, peuvent le devenir face à des groupements plus gros et plus puissants. Ainsi, « la justice ne doit pas en effet être sectorielle, affirme Perret, elle doit plutôt tendre vers l'universalité »¹⁰⁴³.

149. Les vœux de ces auteurs vont être exaucés grâce à la réforme du Code civil québécois qui verra être introduit en son sein un régime spécialement élaboré pour le contrat d'adhésion. Il est certain que la L.P.C. de 1978 en particulier, et le droit de la consommation en général, aient eu une influence significative sur la réforme du droit des contrats. « En ce sens, écrit l'honorable Moore, le droit de la consommation a montré le chemin, a rappelé à l'ordre le droit commun, il a joué son rôle de “ballon d'essai”. Il peut désormais laisser la place à une théorie générale prenant en compte les différentes vulnérabilités par la voie d'une notion plus englobante, comme celle du contrat d'adhésion »¹⁰⁴⁴. Le législateur québécois s'est sans aucun doute inspiré des dispositions techniques du droit de la consommation, mais aussi de son esprit et de sa philosophie, pour réviser la facture du droit des obligations. C'est le constat que nous serons amenés à faire dans le titre deuxième de cette partie¹⁰⁴⁵.

* * *

Conclusion de la section 2 :

150. A l'heure où l'O.R.C.C. entame les travaux de réforme du Code civil québécois, plusieurs voix éminentes vont s'élever pour défendre l'introduction d'une réglementation

¹⁰⁴¹ **PERRET (L.)**. « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil », *art. préc.*, p. 305.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 270.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ **MOORE (B.)**. « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation et le droit commun », *art. préc.*, p. 28.

¹⁰⁴⁵ V. *infra* n° 498.

générale du contrat d'adhésion au sein du futur Code civil. À l'appui d'études de plus en plus détaillées sur les particularités du contrat d'adhésion, et à la lumière de rapports relatant les solutions adoptées par des droits étrangers, la doctrine québécoise invite le législateur à repenser la théorie du contrat à l'aune de la nouvelle réalité contractuelle dessinée par le contrat d'adhésion. Avant de répondre favorablement à cette invitation, le législateur québécois va encore intervenir de façon ponctuelle en posant les bases du droit québécois de la consommation. La législation consumériste, si elle ne reprend pas explicitement la notion de contrat d'adhésion au sein de ses dispositions, doit néanmoins son existence au contrat d'adhésion qui compte parmi les fondements de la matière et motive les dispositions protectionnistes adoptées par le législateur.

*

*

*

Conclusion du Chapitre 2 :

151. Le Code civil du Bas-Canada de 1866, œuvre juridique, politique et socio-économique incontournable de la construction du « droit civil canadien », assoit une conception farouchement libérale des relations contractuelles. Le principe d'égalité règne sans commune mesure, celui de l'autonomie de la volonté est révééré et la liberté contractuelle est le maître mot de la matière des obligations. Le principe de la lésion entre majeurs, pourtant reconnu dans le Code Napoléon à hauteur des sept-douzièmes de la vente d'un immeuble, ne connaîtra pas le même privilège lors de la codification bas-canadienne qui rejettera totalement ce correctif apporté à l'équité blessée. Pis, à l'aube de la Révolution industrielle, les divers déséquilibres naissants des relations contractuelles abusives nouées entre les patrons et les salariés seront totalement occultés. La portée de la justice contractuelle est donc extrêmement limitée car, comme le disait l'ancien adage, « tous les contrats sont justes parce que voulus ». Les dogmes de la théorie générale du contrat vont quelque peu s'assouplir avec l'introduction, en droit québécois, de la théorie de l'abus de droit. Là encore, cette introduction se veut timide. Le principe de la liberté contractuelle, rigoureusement appliqué par des juges québécois encore fortement attachés aux anciens dogmes, justifiait que les droits issus d'un contrat puissent être exercés sans limite. Il faudra attendre les années 1960, qui marquent les débuts de la Révolution tranquille, pour apercevoir une réelle transformation du discours contractuel avec l'adoption de la loi de 1964, mais surtout l'intériorisation de la notion de contrat d'adhésion par la doctrine et la jurisprudence québécoises. Jusqu'à alors, cette dernière ne faisait que l'objet de brèves allusions et n'évoluait pas en parallèle de la transformation de la justice contractuelle. Désormais, le contrat d'adhésion se trouve à l'origine même du droit de la consommation qui invite à revisiter la théorie classique du contrat.

152. Cependant, et bien que sa reconnaissance soit plus explicite qu'en France, le contrat d'adhésion demeure une notion à caractère subsidiaire dans le discours contractuel québécois. En effet, il évolue dans l'ombre de la lésion qui semble être la bannière de la justice contractuelle et le nerf d'une protection accrue de la partie vulnérable. Comme une réaction à la négation de la lésion par les codificateurs bas-canadiens, l'intérêt porté par la

doctrine québécoise contemporaine à la notion de lésion est manifestement soutenu comparé à l'attention portée à la notion de contrat d'adhésion qui semble être plus dispersée. C'est la lésion qui semble être le premier facteur de déstabilisation de la théorie générale du contrat et l'épicentre du bouleversement du discours contractuel québécois. Néanmoins, la prépondérance de la lésion dans ledit discours ne doit pas conduire à une conclusion précipitée et pessimiste sur l'avenir du contrat d'adhésion au sein du droit des contrats québécois. Ce dernier va petit à petit devenir plus sensible à l'impératif de justice contractuelle, et ce grâce au contrat d'adhésion.

* * *

*

Conclusion du Titre 1 :

153. Il serait erroné de croire que le contrat d'adhésion ait été totalement absent du discours contractuel contemporain, depuis sa création jusqu'au début du XXI^e siècle. Qu'il le fut lors de l'adoption du Code civil des français et du Code civil du Bas-Canada n'a rien d'anormal puisqu'il ne fut inventé que bien des années plus tard, en 1901. En France, sa création suscita l'attention d'une jeune doctrine qui répondit présente à l'appel de Raymond Saleilles d'élaborer un régime idoine à cette nouvelle figure contractuelle, à la fois porteuse des déséquilibres contractuels les plus inacceptables et véhicule d'une plus grande justice contractuelle. L'élaboration de la théorie du contrat d'adhésion alla jusqu'à ébranler les piliers fondateurs de la théorie générale qui traversa alors une période qui fut qualifiée de « crise ». Cependant, cette secousse séismique ne sera que de courte durée et de peu d'intensité. En effet, la notion de contrat d'adhésion sera rapidement reléguée au second plan. Elle ira même jusqu'à être repoussée dans les coulisses du discours contractuel où elle deviendra un simple sous-entendu des doctrines sociales contemporaines et une qualification implicite des règles protectrices du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence. Même lorsqu'il était question de réformer le droit des contrats, tout en célébrant les mérites et vertus du Code civil, le contrat d'adhésion n'était jamais invité à ces festivités.

154. L'accueil de la notion fut quelque peu différent au Québec où le libéralisme économique trouvait un écho retentissant dans la théorie de l'autonomie de la volonté. L'ascension de la justice contractuelle s'est faite très progressivement pour devenir plus soutenue à partir des années 1960 qui marquèrent un réel tournant pour le « droit civil canadien ». Néanmoins, le contrat d'adhésion n'accompagna pas immédiatement ce mouvement, ne faisant l'objet que de très brèves allusions doctrinales et jurisprudentielles. La première étude de fond fut publiée dans les années 1960. S'en suivirent d'autres travaux tous plus intéressés les uns que les autres à cerner la figure du contrat d'adhésion et à déterminer les solutions les plus adéquates pour répondre à ses caractéristiques. Contrairement à la France, le contrat d'adhésion devint une référence doctrinale explicite pour expliquer la naissance et le développement du droit la consommation. Nous pouvons

donc reconnaître que la réception québécoise fut plus enthousiaste et intéressée, et plus ouverte que l'accueil français. Cependant, la notion de contrat d'adhésion, toujours ignorée de la législation, demeurait une notion doctrinale subsidiaire, aussi bien en France qu'au Québec. Il va sans dire que la reconnaissance législative d'une notion doctrinale s'apparente à une réelle intronisation. C'est ce qui attend la notion de contrat d'adhésion au terme de son cheminement vers sa légitimation en tant que catégorie juridique essentielle.

*

*

*

Titre 2 : Le cheminement vers la consécration d'une catégorie juridique essentielle

155. Depuis l'aboutissement des réformes française et québécoise du droit des contrats, le contrat d'adhésion est, sans conteste, un élément déterminant et incontournable du discours contractuel élaboré dans les deux pays respectifs. D'une notion doctrinale subsidiaire, le contrat d'adhésion est passé au statut de catégorie juridique essentielle, nécessaire à la promotion d'une plus grande justice contractuelle. Cette transition a été rendue possible lorsque le contrat d'adhésion s'est retrouvé, non sans difficultés et aléas, au cœur des débats entourant les réformes du droit des contrats français et québécois (**Chapitre 1**). Une fois définitivement adopté, le contrat d'adhésion s'est vu attribuer une place de choix au cœur du nouveau discours contractuel français et québécois (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion au centre du discours réformateur du droit des contrats français et québécois

156. En France, comme au Québec, les différents acteurs qui ont pris part à la réforme du droit des contrats ont dû se prêter à un véritable rôle d'équilibriste. Tout en conservant l'héritage des « masses de granit » qu'étaient le Code Napoléon et le Code civil du Bas-Canada, les auteurs de doctrine français et québécois, tout comme les législateurs de ces deux pays, se sont efforcés de préserver les principes classiques du droit des contrats tout en introduisant des dispositions nouvelles destinées à répondre aux besoins de la société contemporaine. C'est ainsi qu'au côté de la liberté contractuelle, la balance des valeurs du nouveau droit des contrats accueillit le principe de justice contractuelle revisité afin de protéger au mieux les contractants les plus vulnérables.

157. Le discours réformateur du droit des contrats français et québécois fait état de ce subtil équilibre qui était constamment à l'esprit des rédacteurs des différents projets et avant-projets de réforme. L'introduction puis l'affirmation progressive d'une nouvelle acception de la justice contractuelle au sein de ces divers travaux ne se sont pas faites sans difficulté ni résistance. Toutefois, les codificateurs sont finalement parvenus à dégager un consensus destiné à satisfaire les opinions et convictions légitimes de chacun tout en incarnant les différentes valeurs de la société d'aujourd'hui. En France, le discours réformateur a choisi à bon escient de cantonner la justice contractuelle à la notion de contrat d'adhésion. En effet, les premières moutures de la réforme du droit des contrats envisageaient une application large et uniforme du principe de justice contractuelle. Contre toute attente, ce principe n'avait pas été immédiatement et naturellement associé à la notion de contrat d'adhésion. C'est ainsi, par exemple, que la règle sur les clauses abusives s'appliquait tout aussi bien au contrat de gré à gré qu'au contrat d'adhésion nouvellement introduit dans le Code. C'est à la suite de la crainte éprouvée par certains auteurs que le domaine d'application de la règle fut limité au seul contrat d'adhésion. Ce dernier connaîtra lui-même des débuts particulièrement difficiles et fera l'objet de critiques parfois acerbes qui iront jusqu'à remettre en cause son introduction au sein du Code. Ce constat ne peut être parfaitement transposé à la réforme québécoise du droit des obligations. Le contrat d'adhésion a, sans équivoque, donné lieu à une série de questions et soulevé nombre d'incertitudes. Malgré ces difficultés, dument soulignées par les acteurs de la réforme, les

critiques négatives faites à l'encontre du contrat d'adhésion se sont avérées être, finalement, minimales, voire inexistantes tant son utilité semblait être reconnue et intériorisée.

158. Afin de retracer le parcours de la justice contractuelle et surtout celui de son corollaire, le contrat d'adhésion, au sein des discours réformateurs du droit des contrats français et québécois, nous avons fait le choix, comme pour le titre premier de cette partie, de procéder à une analyse chronologique des différents avant-projets et projets de réforme publiés. En mettant en parallèle les différents projets, respectivement français et québécois, nous avons pu comparer la place attribuée au contrat d'adhésion au sein des deux pays. Nous étudierons donc, en premier lieu, l'évolution de la notion de contrat d'adhésion au sein du discours réformateur du droit des contrats français (**Section 1**) puis au sein du discours réformateur québécois (**Section 2**).

Section 1 : En France

159. « Le projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'est pas nécessairement bien né. Plus exactement il est né dans l'ambiguïté »¹⁰⁴⁶. En effet, l'idée de réformer le droit des obligations français est apparue concomitamment à la concrétisation, qui semblait imminente, si ce n'est d'un Code civil européen, au moins d'un droit des contrats harmonisé à l'échelle européenne. Les juristes français firent entendre leur indignation et leurs inquiétudes de voir les concepts du droit civil français être submergés par des influences étrangères teintées de *common law*¹⁰⁴⁷. « C'est à cet instant qu'est né le projet, et c'est ce qui explique son ambiguïté, selon les professeurs Dissaux et Jamin. Au mieux celui-ci a été pensé comme le moyen pour les juristes français de revenir à la table des discussions sur ce fameux projet de code européen, alors qu'ils n'y avaient guère participé jusqu'alors, réservant le sujet à un cercle étroit de comparatiste. Au pire, comme une réaction franchement nationaliste [...] »¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ DISSAUX (N.), JAMIN (C.). *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Paris : Dalloz, 2015, p. III.

¹⁰⁴⁷ ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.). *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris : Dalloz, 2017, p. 15 et s.

¹⁰⁴⁸ DISSAUX (N.), JAMIN (C.). *Ibid.* V. égal. LATINA (M.). « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 1-2, n° 1 ; MAZEAUD (D.). « Observations finales », *art. préc.*, p. 86.

160. Cela n'a pas empêché les divers projets français de s'inspirer des dispositions proposées par les Principes du droit européen des contrats, le Code européen des contrats, ou encore le Projet de cadre commun de référence. Tous étaient axés sur la réception d'une plus grande justice contractuelle que l'on retrouve dans les diverses propositions de réforme. De l'avant-projet Catala au projet d'ordonnance de 2015, la justice contractuelle n'a cessé de croître malgré une liberté contractuelle toujours prégnante. Quant au contrat d'adhésion, il a connu des débuts particulièrement difficiles et peu reluisants (§ 1). Il était parfois complètement occulté, et lorsqu'il était mis en évidence, son insertion au sein du projet n'était pas totalement aboutie. Alors que la justice contractuelle prenait de l'ampleur, le contrat d'adhésion fut constamment écarté des débats si bien qu'il devint une notion au régime incomplet (§ 2). La relation entre la justice contractuelle et le contrat d'adhésion fut rétablie par l'ordonnance de 2016 qui intégra définitivement le contrat d'adhésion au sein du droit commun des contrats et limita le régime de protection des contractants vulnérables à cette seule figure contractuelle (§ 3).

§ 1 : Des débuts difficiles pour le contrat d'adhésion

161. Qu'il fut introduit ou occulté, le contrat d'adhésion laissait généralement la majorité de la doctrine et des codificateurs de marbre. Si réactions il y avait, elles étaient ou très satisfaites, ou très critiques. Que ce soit dans les avant-projets de réforme doctrinaux (A.) ou les projets proposés par la Chancellerie (B.), le contrat d'adhésion n'était définitivement pas la disposition vedette de ces travaux.

A. La réserve sur le contrat d'adhésion au sein des avant-projets de réforme doctrinaux

162. Nous étudierons, dans un ordre chronologique, l'avant-projet Catala paru en 2006 (1.) puis l'avant-projet Terré porté au public en 2008 (2.).

1. L'avant-projet Catala

a. La réception encourageante de la justice contractuelle

163. *Un projet tendant vers l'équilibre des valeurs.* Achievé en 2005, porté à la connaissance de la communauté juridique en 2006, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, conduit par le professeur Catala, a vu le jour en 2003, soit

un an avant la célébration du Bicentenaire du Code civil¹⁰⁴⁹. Fidèle à ce dernier et à son plan, attaché à la tradition juridique française et à ses principes¹⁰⁵⁰, l'avant-projet Catala ne se présente pas comme un projet de rupture¹⁰⁵¹. Au contraire, il propose plutôt un ajustement, une adaptation des règles du Code civil¹⁰⁵². L'avant-projet reste fidèle à l'esprit libéral du Code de 1804 pour mieux le conforter¹⁰⁵³. « Véritable codification de la rencontre des volontés »¹⁰⁵⁴, il accorde une place de premier choix au principe de la liberté contractuelle dans diverses dispositions ayant pour objectif de donner une entière latitude à la volonté des parties¹⁰⁵⁵. Désormais gravée dans le marbre, « cette consécration légale dote ainsi ces signes tangibles de la liberté contractuelle d'une puissance symbolique qui leur faisait auparavant défaut [...] »¹⁰⁵⁶.

Promoteur de la liberté contractuelle, l'avant-projet Catala se veut toutefois un projet équilibré et harmonieux¹⁰⁵⁷. Tout en consacrant le principe cardinal de la liberté contractuelle, il tend également à promouvoir le principe fondamental de justice contractuelle. « La rénovation, à l'évidence, écrit Cornu, est d'accroître le règne de la justice, de la loyauté et de la sécurité juridique dans les relations contractuelles, ce en quoi, pourrait-on dire, ce droit civil foncièrement libéral est consubstantiellement social »¹⁰⁵⁸. Si le projet prend en considération l'impératif de justice contractuelle, nous pouvons penser qu'il ne va pas jusqu'à façonner un droit civil social. Certes, la bonne foi innerve l'avant-projet dans son entier mais elle n'atteint toutefois pas le rang de principe directeur. Principalement présente au stade de la négociation¹⁰⁵⁹, la bonne foi est, en réalité, appréhendée comme « un

¹⁰⁴⁹ **CATALA (P.)**. « Présentation générale de l'avant-projet », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : La Documentation française, 2006, p. 11.

¹⁰⁵⁰ **CABRILLAC (R.)**. « Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision-compilation ? », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 26-28 ; **MALAUZIE (P.)**. « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 7 ; **MAZEAUD (D.)**. « Observations conclusives », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 180, n° 3 et p. 193-194, n° 24.

¹⁰⁵¹ **CATALA (P.)**. « Présentation générale de l'avant-projet », *art. préc.*, p. 13.

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ **CATALA (P.)**. « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.*, fév. 2006, n° 8, p. 537.

¹⁰⁵⁴ **NIEMIEC (A.)**. « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription : une véritable codification de la rencontre des volontés », *Petites Affiches*, janv. 2008, n° 17, p. 11 et s.

¹⁰⁵⁵ Le principe de liberté contractuelle se retrouve notamment dans la section relative à la formation du contrat, mais aussi à l'article 1127 qui affirme le principe du consensualisme, dans les diverses dispositions reconnaissant l'unilatéralisme, ou encore aux articles 1135-1 et 1135-2 qui permettent aux parties, et uniquement à elles, le juge jouant un rôle secondaire, de réviser leur contrat en cas d'imprévision.

¹⁰⁵⁶ **MAZEAUD (D.)**. « Observations conclusives », *art. préc.*, p. 183, n° 9.

¹⁰⁵⁷ **CATALA (P.)**. « Présentation générale de l'avant-projet », *art. préc.*, p. 12.

¹⁰⁵⁸ **CORNU (G.)**. « Etude législative », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 19.

¹⁰⁵⁹ L'article 1104, al. 1^{er} dispose que : « L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi ». L'article 1104-1 précise ensuite que : « Les parties peuvent, par un

simple prolongement, un simple correctif des règles techniques et des concepts rigides qui charpentent notre droit national des contrats »¹⁰⁶⁰. Partant, certains auteurs regrettent que l'avant-projet n'ait pas été plus loin dans la consécration du principe de bonne foi¹⁰⁶¹. Le professeur Mazeaud déplore même l'absence de consécration de la lésion et de la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision¹⁰⁶².

164. L'inspiration consumériste. Malgré cela, l'avant-projet Catala sait faire preuve de « créativité »¹⁰⁶³ en proposant des dispositions tout droit inspirées du droit de la consommation telle que la faculté de repentir ou le délai de réflexion¹⁰⁶⁴. Il prend également le parti du contractant faible en introduisant une claire distinction entre l'interprétation *contra stipulatorem* et *contra proferentem*, c'est-à-dire contre le rédacteur du contrat, aux articles 1140 et 1140-1. Le premier dispose que : « Dans le doute, le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Le second prévoit que : « Toutefois, lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre ». En effet, « parce que le contrat ne saurait constituer un instrument d'asservissement, il doit être interprété en raison d'abord, et aussi en équité »¹⁰⁶⁵. Aussi, et surtout, l'avant-projet Catala consacre une disposition jugée très audacieuse¹⁰⁶⁶ mais cependant bienvenue¹⁰⁶⁷ : l'article 1122-2 sur les clauses abusives.

accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination ».

¹⁰⁶⁰ MAZEAUD (D.). « Observations conclusives », *art. préc.*, p. 194-195, n° 25.

¹⁰⁶¹ *Ibid.* V. égal. FAUVARQUE-COSSON (B.). « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 149-150 ; ROUHETTE (G.). « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1395, n° 44 ; TALLON (D.). « Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 132.

¹⁰⁶² MAZEAUD (D.). « Observations conclusives », *art. préc.*, p. 193, n° 23. A propos de la violence économique, v. STOFFEL-MUNCK (P.). « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 45 : l'auteur perçoit dans la consécration de la règle sur la violence économique un subtil rapprochement avec la lésion qualifiée en raison de sa rédaction très large. L'article 1114-3 dispose que : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, ou 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 ».

¹⁰⁶³ CABRILLAC (R.). « Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision-compilation ? », *art. préc.*, p. 28 et s.

¹⁰⁶⁴ Art. 1110-2 : « Dans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ou de repentir./ Le délai de réflexion est celui jusqu'à l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat./ Le délai de repentir est celui jusqu'à l'expiration duquel il est permis au destinataire de l'offre de rétracter discrétionnairement son consentement au contrat ».

¹⁰⁶⁵ GHOZI (A.). « Exposé des motifs : effets des conventions, interprétation, qualification (art. 1134-1143) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁶⁶ CATALA (P.). « La genèse et le dessein du projet », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 15.

¹⁰⁶⁷ ROUHETTE (G.). « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 1408, n° 66.

Ce dernier se lit comme suit : « Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ». Accueillie par la doctrine, cette disposition n'a cependant pas manqué de soulever les critiques de certains professionnels du droit. La Cour de cassation, s'en pour autant remettre en cause l'introduction d'une telle disposition, constate que le second critère d'appréciation du déséquilibre significatif, à savoir la non négociation de la clause litigieuse, « peut être une source de contentieux générant une certaine insécurité »¹⁰⁶⁸. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, quant à elle, a purement et simplement réclamé la suppression de la disposition ou, du moins, la réduction de son champ d'application au seul contrat d'adhésion¹⁰⁶⁹.

165. Il est vrai que les rédacteurs de l'avant-projet, alors qu'ils proposent une définition du contrat d'adhésion, ont fait le choix de ne pas assortir cette définition d'un quelconque régime.

b. Le traitement formel du contrat d'adhésion

166. *La reconnaissance de la dimension pratique du contrat d'adhésion.* Contenu dans la section 1, intitulée « Définitions », se trouvant dans le chapitre premier portant sur les « Dispositions générales », l'article 1102-5 de l'avant-projet Catala définit le contrat d'adhésion de la façon suivante : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance./ Un tel contrat peut, cependant, leur adjoindre des conditions particulières sujettes à négociation ». Cette définition est l'unique référence au contrat d'adhésion dans l'avant-projet. Comme mentionné ci-dessus, la notion ne sera pas reprise sous l'article 1122-2 portant sur le déséquilibre significatif, encore moins sous la disposition ayant trait à l'interprétation *contra proferentem* comme c'est le cas aujourd'hui.

¹⁰⁶⁸ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, n° 29. Disponible sur < https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/autres_publications_discours_2039/discours_2202/2007_2271/groupe_travail_10699.html >.

¹⁰⁶⁹ Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires : réactions de la CCIP à l'avant-projet « Catala » et propositions d'amendements, p. 5. Disponible sur < https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files//etudes/wysiwyg/PDF/reforme-droit-des-contrats-kli0610_synth.pdf >.

Nous pouvons donc nous interroger sur le « pourquoi » de son insertion. Quelle utilité les promoteurs de l'avant-projet trouvent-ils à la notion ?

A leurs yeux, l'existence d'une définition du contrat d'adhésion aurait tout d'abord pour objectif de combler les lacunes du Code civil afin que ce dernier puisse être en phase avec la société pour laquelle il a vocation à s'appliquer¹⁰⁷⁰. Selon les rédacteurs de l'avant-projet, la définition donnée de cette pratique contractuelle est opportune en ce qu'elle permet au Code civil d'être la vitrine la plus représentative et la plus « accessible »¹⁰⁷¹ possible de notre société contemporaine. Il va sans dire que le contrat d'adhésion est une pratique contractuelle majeure de notre société, que ce soit dans les relations entre professionnels/consommateurs, mais aussi entre professionnels et même entre particuliers. La définition du contrat d'adhésion fait donc partie de ces nombreux repères qui aident à baliser la volonté des parties dans l'élaboration de leur contrat¹⁰⁷². Elle a donc principalement une visée technique. En ce sens, le professeur Cornu estime que : « l'extrême importance pratique du contrat d'adhésion et du contrat cadre (*sic*) exigeait que leur définition soit élaborée, afin surtout que soit clarifiées, dans le contrat d'adhésion, la distinction entre le rayon imposé et l'éventuelle partie complémentaire négociée [...] »¹⁰⁷³. La section listant les diverses définitions est l'« occasion, ajoute le professeur Mazeaud, de reformuler, de dépoussiérer, de moderniser certaines figures contractuelles classiques, telles que les contrats aléatoires et à titre gratuit, et d'introniser dans le Code de nouvelles définitions, en donnant forme de loi à des pratiques contractuelles éprouvées, comme le contrat d'adhésion et les contrats-cadres [...] »¹⁰⁷⁴. Souligner la dimension pratique du contrat d'adhésion est loin d'être une idée déraisonnable en ce qu'elle permet de décrire avec justesse les caractéristiques du contrat d'adhésion. Bien que structurellement déséquilibré, l'appréhension du contrat d'adhésion ne doit pas être uniquement réduite au potentiel déséquilibre contractuel de fond dont il peut être la source. En effet, et comme

¹⁰⁷⁰ CORNU (G.). « Introduction », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁷¹ MAZEAUD (D.). « Observations conclusives », *art. préc.*, p. 185, n° 11.

¹⁰⁷² CATALA (P.). « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 537.

¹⁰⁷³ CORNU (G.). « Exposé des motifs : source des obligations-définitions (art. 1101-1103) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁷⁴ MAZEAUD (D.). « Observations conclusives », *art. préc.*, p. 185, n° 11.

nous l'étudierons plus bas, le contrat d'adhésion est avant tout une pratique contractuelle efficace et un outil particulièrement intéressant pour la conclusion rapide des contrats¹⁰⁷⁵.

167. La prise en compte de la dimension pédagogique du contrat d'adhésion.

Outre sa dimension technique, les rédacteurs de l'avant-projet Catala ont également été convaincus par la valeur pédagogique non négligeable de la notion de contrat d'adhésion. Le professeur Rouhette, quant à lui, ne souhaitait pas que le droit des contrats comporte une partie recensant de multiples définitions, le Code civil n'ayant pas pour vocation « de donner force de loi aux définitions du *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant »¹⁰⁷⁶. Pourtant, nous pouvons soutenir que toutes ces définitions, et plus particulièrement celle concernant le contrat d'adhésion, sont bien plus que de simples précisions terminologiques. En ce sens, le professeur Catala souligne que : « Ces dispositions ne sont pas normatives au sens strict, mais elles constituent un précieux instrument d'analyse et de qualification applicable aux objets qu'elles désignent et dont elles déterminent le contenu. En cela, elles possèdent la double vertu de contribuer à la pédagogie du droit et à la sécurité juridique »¹⁰⁷⁷. Ce souci de pédagogie n'a pas manqué d'être souligné et salué par la Cour de cassation dans son rapport remis sur l'avant-projet de réforme¹⁰⁷⁸.

168. Une réaction doctrinale dubitative. Malgré tout, la réception de la notion de contrat d'adhésion au sein de l'avant-projet s'est faite dans une relative indifférence de la part de la doctrine. Loin de faire partie des innovations jugées « audacieuses » du droit des contrats, la notion de contrat d'adhésion a surtout attiré l'attention sur son absence de régime. Par extension, les auteurs se sont donc interrogés sur sa relative utilité. Certes, l'article 1122-2 renvoie à la clause non négociée, qui fait sans aucun doute penser au contrat d'adhésion. Mais ce n'est pas le contrat d'adhésion. Raisonner en termes de clause non négociée n'a pas la même portée que d'apprécier le déséquilibre significatif à travers la notion de contrat d'adhésion¹⁰⁷⁹. Comme le souligne le professeur Rouhette, « une

¹⁰⁷⁵ V. *infra* n° 353.

¹⁰⁷⁶ ROUHETTE (G.). « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 1376, n° 7.

¹⁰⁷⁷ CATALA (P.). « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 537.

¹⁰⁷⁸ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, n°s 14-15.

¹⁰⁷⁹ V. *infra* n° 444.

définition législative ne peut avoir un intérêt purement spéculatif [...] »¹⁰⁸⁰. Elle doit être rattachée à des règles « dont elle constitue le fragment »¹⁰⁸¹. En d'autres termes, la définition du contrat d'adhésion, en l'absence d'un quelconque régime, n'aurait aucune portée. Qui plus est, l'auteur regrette l'absence de référence à la notion de « conditions générales »¹⁰⁸². Il se demande alors : « Quelle est la portée d'une définition du contrat d'adhésion dans un texte qui ne réglemente pas les conditions générales ? ». Selon lui, la seule référence aux « conditions soustraites à la discussion » est particulièrement vague, d'autant plus lorsque la définition fait ensuite référence aux « conditions particulières ». L'on peut donc avoir l'impression que la réflexion portant sur la définition du contrat d'adhésion n'était pas encore tout à fait aboutie au sein de l'avant-projet Catala.

Néanmoins, les promoteurs de cet avant-projet, en proposant une telle définition, ont indubitablement réalisé une percée remarquable. Bien qu'il n'ait pas pleinement embrassé le principe de justice contractuelle, l'avant-projet se risque à suggérer des dispositions ayant trait à ce principe. Les rédacteurs de l'époque avaient pleinement mesuré l'urgence et l'intérêt d'intégrer ces dispositions au sein du Code civil. Aujourd'hui, nous savons qu'associer le contrat d'adhésion aux règles de lutte contre les clauses abusives et d'interprétation *contra proferentem* aurait certainement donné plus de poids à ce nouvel objectif de justice contractuelle que souhaitait atteindre l'avant-projet. Certes, le contrat d'adhésion est avant tout une pratique contractuelle mais il est également une notion doctrinale inscrite dans une trajectoire historique de recherche d'une plus grande justice contractuelle. La seule reconnaissance de sa dimension pratique et de sa valeur pédagogique ne suffit pas. Encore faut-il relier la notion à ses conséquences, c'est-à-dire aux outils qui ont été mis en place pour faire face aux déséquilibres qui peuvent découler de la conclusion d'un contrat d'adhésion.

La notion de contrat d'adhésion aurait pu être le point de départ à l'épanouissement de la justice contractuelle car la conclusion de ce contrat peut donner lieu à un abus de pouvoir, et partant, conduire à un déséquilibre contractuel. Dès lors, rattacher cette notion à l'article 1122-2 ou à l'article 1140-1 de l'avant-projet aurait sans doute doté la notion d'une

¹⁰⁸⁰ ROUHETTE (G.). « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 1377, n° 7.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² *Ibid.* V. égal. FAGES (B.). « Autour de l'objet et de la cause », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 39.

plus grande aura et aurait, par extension, octroyé une portée plus décisive aux dispositions précitées. L'objectif de justice contractuelle n'en aurait été que mieux atteint puisque ces principaux vecteurs auraient été associés ensemble pour assurer son efficacité. Il est indubitable que les rédacteurs de l'avant-projet Catala avaient conscience de l'importance de la notion de contrat d'adhésion mais il semblerait qu'ils n'aient rédigé que l'ébauche d'une telle reconnaissance.

169. Malheureusement, cette percée réalisée par l'avant-projet Catala accusera un brusque recul dans le projet de réforme proposé par l'Académie des sciences morales et politiques.

2. L'avant-projet Terré

a. La réception mitigée de la justice contractuelle

170. *En apparence, un renforcement de la justice contractuelle.* Contrairement à l'avant-projet Catala, l'avant-projet proposé en 2008 par l'Académie des sciences morales et politiques, et mené par le professeur François Terré, se présente comme un projet de « fracture »¹⁰⁸³. S'inscrivant pleinement dans l'élan européen visant à esquisser un code européen des contrats¹⁰⁸⁴, l'avant-projet Terré s'inspire des différentes publications européennes sur la question, à savoir le Projet de cadre commun de référence, mais aussi la Terminologie contractuelle commune et les Principes contractuels communs¹⁰⁸⁵. « En d'autres termes, alors que l'avant-projet Catala s'inscrit délibérément dans la grande tradition contractuelle française, l'avant-projet Terré constitue une “petite révolution contractuelle” »¹⁰⁸⁶. Sans pour autant rompre avec les règles symboliques de la tradition contractuelle française¹⁰⁸⁷, l'avant-projet Terré se risque à explorer le terrain de l'analyse économique du droit¹⁰⁸⁸ et affiche clairement sa volonté d'asseoir plus fermement le principe de justice contractuelle. En effet, dans un titre qui aurait pu s'intituler « Principes directeurs »¹⁰⁸⁹, l'avant-projet consacre à l'article 5 le principe suivant : « Les contrats se

¹⁰⁸³ MAZEAUD (D.). « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.*, mai 2009, n° 20, p. 1364, n° 2.

¹⁰⁸⁴ TERRE (F.), FITOUSSI (L.). « Prolégomènes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2008, p. 37.

¹⁰⁸⁵ MAZEAUD (D.). « Réforme du droit des contrats », *RDC*, avr. 2009, n° 2, p. 471.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 472.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ MAZEAUD (D.). « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 1366, n° 8.

¹⁰⁸⁹ MAZEAUD (D.). « Réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 472.

forment et s'exécutent de bonne foi ; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir ». Bien qu'il soit regrettable que le champ d'application de la bonne foi n'ait pas été étendu au stade de la rupture du contrat, l'on ne peut que se réjouir de la reconnaissance à part entière faite à ce principe par les rédacteurs de l'avant-projet Terré. Aux côtés de la liberté contractuelle (art. 3) et du principe de cohérence (art. 6), la bonne foi remplit une fonction symbolique. En effet, ces diverses dispositions « permettent de diffuser, dans la clarté et la transparence, l'essence de la matière et l'esprit qui l'anime. La pédagogie accompagne le symbole. Et dans la tradition d'un droit codifié, l'affichage des valeurs essentielles dictant le domaine du contrat n'est pas à négliger »¹⁰⁹⁰.

Outre l'affirmation du principe de bonne foi et la reprise des diverses solutions jurisprudentielles prononcées en faveur de la justice contractuelle¹⁰⁹¹, l'avant-projet Terré consolide cette dernière en intégrant, comme dans l'avant-projet Catala, une disposition portant sur les délais de réflexion et de rétractation¹⁰⁹². Surtout, elle la renforce en consacrant une règle permettant de lutter contre les clauses abusives à l'article 67 qui dispose que : « En outre, la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande ». Il faut également noter que l'avant-projet de réforme Terré fait le choix audacieux d'outrepasser la jurisprudence du Canal de Craponne pour reconnaître au juge le pouvoir de réviser le contrat en cas de bouleversement des circonstances économiques (art. 92, al. 3).

171. En réalité, une limitation de la justice contractuelle. L'admission de la révision judiciaire du contrat pour imprévision apparaît comme le dernier bastion de l'intégration de la théorie du solidarisme contractuel au sein de l'avant-projet de réforme¹⁰⁹³. En effet, le renforcement de la justice contractuelle paraît relatif puisque la liberté contractuelle

¹⁰⁹⁰ AUBERT DE VINCELLES (C.). « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 113, n° 1.

¹⁰⁹¹ MAZEAUD (D.). « Réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 473.

¹⁰⁹² Art. 22, al. 1^{er} : « Dans les cas prévus par la loi ou les parties, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'après l'expiration d'un délai de réflexion ou de rétractation ».

L'introduction d'une telle disposition au sein du Code civil a pu faire l'objet d'interrogations, voire de critiques. En effet, les auteurs se sont interrogés sur l'opportunité d'intégrer des règles d'inspiration consumériste dans le siège du droit commun. Pour certains d'entre eux, ces dispositions auraient dû être cantonnées au droit de la consommation. V. part. AUBERT DE VINCELLES (C.). « Le processus de conclusion du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 131, n°s 19 et s. ; REMY-CORLAY (P.), FENOUILLET (D.). « Le consentement », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁹³ MAZEAUD (D.). « Réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 473.

demeure le principe premier¹⁰⁹⁴ de ce nouveau droit des contrats comme le démontre l'article 3 du projet qui dispose que : « Les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat ». Aussi, le projet confirme le principe du consensualisme (art. 68) et celui de la liberté précontractuelle (art. 24, al. 1^{er}). Il reprend presque mot pour mot le principe de la force obligatoire du contrat tel que présenté à l'ancien article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil¹⁰⁹⁵ et réaffirme également la validité des contrats lésionnaires. En effet, l'article 65 de l'avant-projet dispose que : « Le défaut d'équivalence des obligations n'entraîne pas la nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». En ce sens, cette disposition constitue une limite non négligeable au champ d'application de l'article 66 qui reconnaît la lésion qualifiée. En ce sens, l'alinéa 1^{er} dispose que : « Toutefois, 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 ». Le second alinéa poursuit en précisant que : « Le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, et notamment de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique ». Dans une matière qui, jusqu'à présent, réservait à la lésion un champ d'application très limité, cette reconnaissance constitue un grand pas pour le droit des contrats français. Malheureusement, l'article 65 démontre que la justice commutative reste l'affaire des parties qui demeurent responsables des affaires – bonnes ou mauvaises – qu'elles concluent. L'on peut donc penser que l'intégration de la théorie du solidarisme contractuel au sein de l'avant-projet n'a pas été pleinement effective. Interrogé sur la place de ladite théorie au sein du projet, le professeur Terré offre une réponse nuancée. Il affirme tout d'abord que : « Le groupe de travail n'est pas parti d'une opinion préconçue, y compris à l'encontre du solidarisme, si tant est que l'on puisse en définir les orientations de manière suffisamment précise. Aucun ostracisme dans l'opération n'a été pratiqué. D'ailleurs, certaines solutions du droit positif relèvent déjà de cette philosophie, ce qui empêche d'en vanter le caractère novateur » pour ensuite souligner que : « Au demeurant, il y a, dans le groupe de travail, des

¹⁰⁹⁴ MAZEAUD (D.). « Réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 472.

¹⁰⁹⁵ FENOUILLET (D.). « Les effets du contrat entre les parties », *in Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 243, n° 2.

juristes attachés à ce courant de pensée. Et leur concours est précieux »¹⁰⁹⁶. Dès lors, l'on comprend que, malgré ses propositions innovantes, l'avant-projet Terré demeure profondément attaché aux principes traditionnels du droit des contrats français et ne souhaite pas rompre totalement avec la philosophie classique du droit des contrats.

b. Le traitement inexistant du contrat d'adhésion

172. *L'absence totale de définition.* Quant au contrat d'adhésion, l'avant-projet Terré a été moins audacieux que l'avant-projet Catala car il ne lui consacre aucune disposition. Nulle définition n'en est donnée, et cette absence n'a fait l'objet d'aucune remarque, positive ou négative, dans les écrits de la doctrine. L'avant-projet Terré ne fait toutefois pas l'impasse sur la réalité contractuelle contemporaine et prend acte du fait que certains contrats ne sont pas négociés. Ainsi, il introduit à l'article 23 une définition des conditions générales qui se lit comme suit : « L'une des parties peut subordonner son consentement à l'acceptation par l'autre de ses conditions générales./ Les conditions générales invoquées par une partie ont effet à l'égard de l'autre lorsque les circonstances établissent qu'elle les a acceptées./ En cas de discordance entre les conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet »¹⁰⁹⁷. Aussi, l'article 67, précédemment cité, qui vient sanctionner le déséquilibre significatif, renvoie à la clause non négociée tout comme l'article 140, alinéa 2 qui dispose que : « En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat qui n'ont pas été négociées s'interprètent, de préférence, à l'encontre de celui qui en est l'auteur ».

173. *Des allusions insuffisantes.* Nous ne pouvons donc soutenir que l'avant-projet Terré était totalement muet sur la question des contrats non négociés puisqu'il consacre deux des règles composant le régime du contrat d'adhésion tel que nous le connaissons aujourd'hui. Bien que ces deux notions soient distinctes¹⁰⁹⁸, il fait également référence aux conditions générales, ce qui n'était pas le cas au sein de l'avant-projet Catala. Cependant, ces allusions, aussi déterminantes soient-elles dans l'affirmation d'une plus grande justice contractuelle, ne nous paraissent pas suffisantes car elles ne valent pas une référence directe au contrat d'adhésion. Même s'il l'on a pu regretter que l'avant-projet Catala n'ait pas associé

¹⁰⁹⁶ TERRE (F.). « Quelle réforme pour le droit des contrats ? », *Petites Affiches*, fév. 2008, n° 41, p. 5.

¹⁰⁹⁷ Sur ce point, v. AUBERT DE VINCELLES (C.). « Le processus de conclusion du contrat », *art. préc.*, p. 132, n° 22.

¹⁰⁹⁸ V. *infra* n° 421.

la définition du contrat d'adhésion à son régime, ladite définition existait bel et bien et assurait tout de même, grâce à son bagage doctrinal et historique, une nette prépondérance à la justice contractuelle. Même si la notion de « clause non négociée » peut paraître attrayante et pertinente¹⁰⁹⁹, elle ne remplace pas la référence à la notion doctrinale de contrat d'adhésion. Sans définition donnée du contrat d'adhésion, et sans son association aux règles qui ont pour vocation de composer son régime, nous ne pouvons nous empêcher de penser que l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'avant-projet Terré, ne soit, encore une fois, pas entièrement atteint.

174. Cette tendance va être confirmée dans le premier projet de réforme proposé par la Chancellerie en 2008, pour ensuite être renversée par le projet de 2009 qui accorde une plus grande importance à la justice contractuelle mais aussi au contrat d'adhésion. Toutefois, ce projet n'ira pas jusqu'à associer le contrat d'adhésion à son régime.

B. La réserve sur le contrat d'adhésion au sein des premiers projets de réforme de la Chancellerie

175. Comme précédemment, nous étudierons tout d'abord le projet de juillet 2008 (1.) puis celui de mai 2009 (2.).

1. Le projet de juillet 2008

a. La réception limitée de la justice contractuelle

176. *La consécration du principe de bonne foi.* Le projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008 a fait couler beaucoup d'encre autant chez la doctrine que parmi les professionnels. La première s'est notamment attardée sur le style¹¹⁰⁰, dont le côté « sec et froid »¹¹⁰¹ a fait l'objet de reproches. Elle s'est aussi particulièrement inquiétée de la disparition soudaine de la cause et de son remplacement

¹⁰⁹⁹ V. *supra* n° 11.

¹¹⁰⁰ **ANCEL (P.), BRUN (P.), FORRAY (V.) [et alii]**. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G*, nov. 2008, n° 48, p. 19, I, doctr. 213, p. 19, n° 3 ; **GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.)**. « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.*, oct. 2008, n° 37, p. 2610, n° 4 ; **MALaurIE (P.)**. « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G*, oct. 2008, n° 44, I, doctr. 204, p. 19, n° 6 ; **MAZEAUD (D.)**. « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.*, oct. 2008, n° 38, p. 2677, n° 6.

¹¹⁰¹ **CABRILLAC (R.)**. « Le projet de réforme du droit des contrats : premières impressions », *JCP G*, oct. 2008, n° 40, I, doctr. 190, p. 18, n° 6.

par la notion d'intérêt¹¹⁰². Elle a également largement débattu du bien-fondé de l'introduction du Chapitre II intitulé « Principes directeurs » au sein duquel la consécration du principe de bonne foi a particulièrement attisé les dissensions¹¹⁰³. Les seconds, les professionnels¹¹⁰⁴, se sont plutôt souciés de la publication d'un tel projet en pleine crise économique qui, de surcroît, allait entraîner les entreprises dans l'incertitude. Les professionnels ne remettent pas en cause la volonté du projet de tendre vers plus d'équilibre contractuel et ils ne condamnent pas, non plus, la nécessité de protéger la partie vulnérable. Ils souhaitent, cependant, que ces objectifs ne remettent pas en cause la confiance accordée par les entreprises au contrat perçu, par ces dernières, comme un précieux outil d'organisation. Ainsi, les professionnels redoutent quelque peu l'intervention du juge dont le rôle semble avoir été élargi. Et ils ne sont pas les seuls à craindre les suites d'un tel renforcement de pouvoirs.

¹¹⁰² Pour la disparition de la cause : **ANCEL (P.), BRUN (P.), FORRAY (V.) [et alii]**. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 21, n° 10 ; **FABRE-MAGNAN (M.)**. « Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet" », *JCP G*, oct. 2008, n° 43, I, doct. 199, p. 15 ; **FENOUILLET (D.)**. « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 296, n°s 33 et s. ; **FONTAINE (M.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 375, n°s 9 et s. ; **MAZEAUD (D.)**. « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *art. préc.*, p. 2678, n°s 10 et s. ; **SCHULZE (R.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *art. préc.*, p. 382-384 ; **WHITTAKER (S.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *art. préc.*, p. 392-395.

Contre la disparition de la cause : **CABRILLAC (R.)**. « Le projet de réforme du droit des contrats : premières impressions », *art. préc.*, p. 19, n° 10 ; **GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.)**. « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *art. préc.*, p. 2611, n°s 10 et s. ; **LEVENEUR (L.)**. « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *Contrats, conc., consom.*, nov. 2008, n° 11, p. 1 ; **MALAUURIE (P.)**. « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 20, n° 10 ; **TOURNAFOND (O.)**. « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.*, oct. 2008, n° 37, p. 2607.

¹¹⁰³ Pour l'insertion de principes directeurs : **ANCEL (P.)**. « Genèse, source, esprit, structure et méthode », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 277 ; **ANCEL (P.), BRUN (P.), FORRAY (V.) [et alii]**. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 20, n° 8 ; **FABRE-MAGNAN (M.)**. « Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet" », *art. préc.*, p. 14 ; **FENOUILLET (D.)**. « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *art. préc.*, p. 281-283, n° 8 ; **FONTAINE (M.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *art. préc.*, p. 379, n° 25 ; **LAGARDE (X.)**. « Observations de Xavier Lagarde », *art. préc.*, p. 75-76 ; **MAINGUY (D.)**. « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.*, janv. 2009, n° 5, p. 310, n° 3 ; **MAZEAUD (D.)**. « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *art. préc.*, p. 2677, n° 7 ; **MAZEAUD (D.)**. « Rapport de synthèse », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 400, n° 10.

Contre l'insertion de principes directeurs : **CABRILLAC (R.)**. « Le projet de réforme du droit des contrats : premières impressions », *art. préc.*, p. 19, n° 7 ; **GHESTIN (J.)**. « Observations de Jacques Ghestin », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 11 ; **GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.)**. « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *art. préc.*, p. 2610, n°s 5 et s. ; **LEVENEUR (L.)**. « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *art. préc.*, p. 2 ; **MALAUURIE (P.)**. « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 18, n° 4 ; **MEKKI (M.)**. « Observations de Mustapha Mekki », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 103 ; **PERES (C.)**. « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.*, fév. 2009, n° 6, p. 381.

¹¹⁰⁴ **GUILLEMIN (J.-F.), BROCHIER (E.), PISANI (C.), TREMEAU (I.)**. « Table ronde : le regard des professionnels », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 351 et s.

177. *L'insuccès du principe de bonne foi.* Si certains auteurs se réjouissent de la possible judiciarisation du contrat grâce au principe de bonne foi¹¹⁰⁵, une large partie de la doctrine la redoute¹¹⁰⁶. L'article 18 du projet dispose que : « Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi ». Une telle formulation, jugée « floue » et « fourre-tout »¹¹⁰⁷, aurait pour conséquence d'octroyer au juge, en cas de contentieux, une large marge de manœuvre dans l'encadrement de la relation contractuelle. Ce dernier pourrait interpréter la disposition suscitée de façon très large, et ainsi modifier arbitrairement les dispositions du contrat soumis à son examen. D'autres auteurs relativisent la consécration de ce principe estimant que le projet conserve l'esprit classique du droit des contrats grâce à son cachet avant tout libéral¹¹⁰⁸. Simple consolidation du droit positif, le principe de bonne foi serait complémentaire au principe cardinal de la liberté contractuelle (art. 15 et 16), et au principe de la force obligatoire du contrat (art. 17)¹¹⁰⁹.

178. *Le silence du projet sur les clauses abusives.* Nous pouvons donc nous demander si le projet de la Chancellerie a réellement su trouver un équilibre entre liberté contractuelle et justice contractuelle¹¹¹⁰. D'autant plus que ledit projet, contrairement aux avant-projets Catala et Terré, ne consacre aucune disposition à la lutte contre les clauses abusives. Si l'interprétation *contra proferentem* fait l'objet d'une règle à part entière¹¹¹¹, il n'en est rien du déséquilibre significatif. La majorité de la doctrine, favorable à l'introduction d'une telle mesure au sein du droit commun, regrette son absence¹¹¹². A ses yeux, une partie

¹¹⁰⁵ **GHESTIN (J.)**. « Observations de Jacques Ghestin », *art. préc.*, p. 11 ; **MAINGUY (D.)**. « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 310, n° 3 ; **MAZEAUD (D.)**. « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *art. préc.*, p. 2677, n° 7.

¹¹⁰⁶ **CABRILLAC (R.)**. « Le projet de réforme du droit des contrats : premières impressions », *art. préc.*, p. 19, n° 7 ; **LAGARDE (X.)**. « Observations de Xavier Lagarde », *art. préc.*, n° 31, p. 76 ; **LEVENEUR (L.)**. « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *art. préc.*, p. 2.

¹¹⁰⁷ **MEKKI (M.)**. « Observations de Mustapha Mekki », *art. préc.*, p. 104.

¹¹⁰⁸ **ANCEL (P.), BRUN (P.), FORRAY (V.) [et alii]**. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 19, n° 2 (note de bas de page n° 5) ; **FENOUILLET (D.)**. « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *art. préc.*, p. 280, n° 3 ; **MAZEAUD (D.)**. « Rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 401, n° 11.

¹¹⁰⁹ **ANCEL (P.)**. « Genèse, source, esprit, structure et méthode », *art. préc.*, p. 277 ; **LAGARDE (X.)**. « Observations de Xavier Lagarde », *art. préc.*, p. 76.

¹¹¹⁰ **WHITTAKER (S.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *art. préc.*, p. 388.

¹¹¹¹ Art. 155, al. 2 : « En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent contre celui qui les a proposées ». **V. WITZ (C.)**. « Effets, interprétation et qualification du contrat », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 318.

¹¹¹² **FAUVARQUE-COSSON (B.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *art. préc.*, p. 371 ; **FENOUILLET (D.)**. « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *art. préc.*, p. 307, n° 50 ; **FONTAINE (M.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *art. préc.*, p. 374 ; **MAZEAUD (D.)**. « Rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 401, n° 11 ; **ROUHETTE (G.)**. « Préface », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 267 ; **SAUPHANOR-**

des contractants les plus vulnérables, à savoir certains professionnels, ou des consommateurs qui seraient exclus du champ d'application de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, ne bénéficieraient d'aucune protection adéquate contre les clauses abusives. La réforme du Code de commerce intervenu concomitamment à la publication du projet de la Chancellerie ne saurait donc couvrir toutes les situations de déséquilibres contractuels, et ce même si elle abritait l'ancien article L. 442-6, I, 2° dont le champ d'application était d'abord réservé au domaine de la grande distribution¹¹¹³.

179. Cette absence est d'autant plus regrettable qu'elle remet en cause l'insertion de la définition du contrat d'adhésion dans le projet.

b. Le traitement purement symbolique du contrat d'adhésion

180. Une définition sans répercussion pratique. L'article 10 du projet de 2008 dispose que : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociées par chacune des parties./ Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la discussion, ont été unilatéralement déterminées à l'avance ». Malheureusement, cette définition, un tantinet confuse, n'a encore une fois pas capté l'intérêt de la doctrine qui lui accorde alors que très peu d'attention. Parmi les auteurs qui lui ont consacré quelques lignes, certains se sont montrés réceptifs à une telle intégration et se sont réjouis de l'introduction du contrat d'adhésion au sein du projet qui, en plus de reconnaître les innovations de la pratique contractuelle¹¹¹⁴, lui apporte une touche de modernité¹¹¹⁵. Cette réjouissance est néanmoins teintée de regret en ce que « les rédacteurs semblent ne lui avoir attribué qu'une fonction purement ornementale : son énoncé ne fait que souligner l'absence dans le projet d'une réglementation d'ensemble des conditions générales »¹¹¹⁶. Si le contrat d'adhésion fait désormais partie des définitions qui composent le « solfège » que chaque juriste se doit de

BROUILLAUD (N.). « Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud », *Petites Affiches*, fév. 2009, p. 54 et s. ; **SCHULZE (R.)**. « Table ronde : le regard des juristes européens », *art. préc.*, p. 384.

¹¹¹³ *Contra* : **MAINGUY (D.)**. « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 313, n^{os} 8 et s.

¹¹¹⁴ **FENOUILLET (D.)**. « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *art. préc.*, p. 281, n^o 6.

¹¹¹⁵ **FABRE-MAGNAN (M.)**. « Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet" », *art. préc.*, p. 16.

¹¹¹⁶ **ANCEL (P.), BRUN (P.), FORRAY (V.) [et alii]**. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 20, n^o 7.

maîtriser¹¹¹⁷, reste que le projet ne lui accorde aucune place, ni aucune fonction hormis symbolique. C'est pourquoi la professeure Sauphanor-Brouillaud, pour défendre l'insertion d'une disposition portant sur le déséquilibre significatif au sein du droit commun, propose de limiter le champ d'application d'une telle disposition soit aux clauses non-négociées, soit au contrat d'adhésion qui revêtirait alors une réelle portée pratique¹¹¹⁸.

181. Une remise en cause de l'intérêt du contrat d'adhésion. Tous les auteurs n'ont pas été particulièrement favorables à l'intégration d'une telle notion. Certains se sont même montrés très réfractaires. Feu Philippe Malaurie, par exemple, doute de l'utilité d'une telle classification¹¹¹⁹. Le professeur Lagarde, qui a la critique la plus sévère, s'interroge sur l'utilité même de la notion qu'il juge « datée » et qui, « malgré la multiplication des règles destinées à protéger les parties faibles », estime qu'elle « n'a jamais vraiment trouvé sa place en jurisprudence »¹¹²⁰. « S'il en est ainsi, écrit le professeur Lagarde, sans doute est-ce que la notion est inutile »¹¹²¹. De plus, l'auteur reproche au projet d'avoir entériné de façon nette la distinction entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion. Or, selon lui, il y aurait, en pratique, un « *continuum* », c'est-à-dire une frontière si floue et poreuse que les deux catégories seraient difficilement séparables et qu'il serait très facile de passer d'un contrat à l'autre sans s'en rendre compte¹¹²². Ainsi, le professeur Lagarde estime qu'il n'est pas nécessaire d'intégrer le contrat d'adhésion comme catégorie contractuelle à part entière et qu'il n'est pas dans l'intérêt de la partie faible de limiter la lutte contre le déséquilibre au seul contrat d'adhésion¹¹²³.

Nous pouvons ne pas partager ce point de vue. Tout d'abord, le contrat d'adhésion est loin d'être une notion datée en ce qu'elle demeure d'actualité, et dont l'acuité s'est même renforcée. Si la jurisprudence de l'époque ne s'est pas référée au contrat d'adhésion, ce n'est pas parce que la notion était inutile mais parce que sa définition et son appréhension faisaient encore l'objet de nombreux débats au sein de la doctrine. Quels critères devaient être retenus ? Combien ? Comment les apprécier ? Telles étaient les interrogations qui

¹¹¹⁷ MAZEAUD (D.). « Rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 398, n° 6.

¹¹¹⁸ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.). « Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud », *art. préc.*, p. 58.

¹¹¹⁹ MALAURIE (P.). « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 19, n° 8.

¹¹²⁰ LAGARDE (X.). « Observations de Xavier Lagarde », *art. préc.*, p. 75.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ *Ibid.*

animaient les écrits doctrinaux. Aussi, et faute de régime particulier, la jurisprudence avait décidé d'intégrer le contrat d'adhésion dans la théorie classique du contrat. Cependant, jamais son utilité ne fut remise en cause. Ensuite, nous ne sommes pas persuadée que les frontières soient si poreuses que cela entre le contrat d'adhésion et celui de gré à gré. Au contraire, la cassure n'est-elle pas nette ? Contrat d'adhésion et contrat de gré à gré sont deux notions antinomiques qui sont loin de former un ensemble continu. Dès lors, nous croyons que s'il devait y avoir protection d'une partie devenue faible au sein d'une relation négociée, elle ne doit pas être de la même nature, ni même avoir la même portée que celle accordée à l'adhérent. Cette dernière devrait être puisée au sein des règles de droit commun existant depuis 1804 et respecter la volonté des parties¹¹²⁴.

182. Bien qu'il accorde une plus grande place au principe de justice contractuelle, le projet diffusé par la Chancellerie près d'un an plus tard s'inscrira dans la continuité du projet de 2008 en ce qu'il ne tiendra pas compte de la proposition d'associer le contrat d'adhésion à la lutte contre les clauses abusives.

2. Le projet de mai 2009

a. La réception élargie de la justice contractuelle

183. *La conservation du principe de bonne foi.* Portée à la connaissance du public concomitamment à la publication de l'avant-projet Terré¹¹²⁵, la deuxième esquisse du projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie n'a pas grandement attiré l'attention de la doctrine dont les diverses plumes étaient principalement soucieuses de commenter l'avant-projet Terré. Publiée en mai 2009, la deuxième mouture du projet de la Chancellerie a en réalité fait l'objet de plusieurs révisions, dont une datée de février 2009 qui a donné lieu à l'écriture de quelques commentaires de la part du professeur Ghestin¹¹²⁶. Cette deuxième version du projet avait pour objectif d'améliorer la première ébauche rédigée en 2008 en tenant compte des diverses remarques adressées par la doctrine. Tout en conservant l'essentiel des innovations apportées par le projet de 2008, cette deuxième esquisse supprime le chapitre sur les principes directeurs pour les refondre dans un Sous-

¹¹²⁴ V. *infra* n° 204.

¹¹²⁵ AMRANI-MEKKI (S.), FAUVARQUE-COSSON (B.). « Droit des contrats », *D.*, janv. 2010, n° 4, p. 224.

¹¹²⁶ GHESTIN (J.). « Droit des contrats », *JCP G*, avr. 2009, n°s 16-17, I, 138, p. 18.

titre I intitulé « Le contrat ». Ce sous-titre reprend le principe de la liberté contractuelle¹¹²⁷, ainsi que celui de la bonne foi¹¹²⁸.

184. L'établissement d'une disposition de lutte contre les clauses abusives.

La modification substantiellement marquante apportée par le projet de 2009 est l'insertion d'une règle permettant de lutter contre les clauses abusives. En effet, l'article 79, alinéa 1^{er} dispose qu' : « Une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Encore une fois, les rédacteurs de cette proposition ont entendu les vœux de la doctrine qui souhaitait que soit rétablie dans le projet de la Chancellerie une règle permettant de lutter contre le déséquilibre significatif. Cette initiative doit être saluée en ce qu'elle élargit la protection des parties les plus vulnérables qui ne peuvent pas forcément bénéficier des dispositions du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence¹¹²⁹.

185. L'introduction d'une règle permettant de sanctionner les clauses abusives insérées dans les contrats déséquilibrés est indéniablement une réelle avancée dans la confection du futur droit des contrats. Néanmoins, la disposition telle que présentée par la Chancellerie ne manque pas de nous décevoir en ce qu'elle fait le choix de limiter le champ d'application de la disposition à la clause non négociée et non au contrat d'adhésion. Encore une fois, ce dernier ne reçoit pas tous les honneurs des codificateurs.

b. Le traitement prometteur du contrat d'adhésion

186. La première association du contrat d'adhésion à une règle de justice contractuelle. Le Sous-titre I du projet de 2009 s'emploie à répertorier les définitions des différentes qualifications contractuelles existantes. C'est ainsi que l'article 11 reprend la distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociées par chacune des parties./ Le contrat d'adhésion

¹¹²⁷ Art. 5 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter./ La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat./ Elle s'exerce dans le respect de l'article 6 du présent code ». Le principe de la force obligatoire du contrat ne figure plus parmi les principes directeurs mais est désormais mentionné dans une section relative aux effets du contrat, à l'article 98 qui reprend telle qu'elle la formulation de l'ancien article 1134, al. 1^{er} du Code civil.

¹¹²⁸ Art. 6 : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

¹¹²⁹ GHESTIN (J.). « Droit des contrats », *art. préc.*, p. 19, n° 3.

est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la discussion, ont été unilatéralement déterminées à l'avance ». Il n'y a ici aucune nouveauté puisque le projet de 2009 se contente de reprendre mot pour mot la définition donnée dans le projet de 2008. Comme nous venons de le souligner, les rédacteurs du projet ont fait le choix d'exclure l'usage de la notion de contrat d'adhésion dans la confection de l'article 79 concernant les clauses abusives. Cependant, l'espoir renaît à la lecture de l'article 129 qui dispose que : « En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat d'adhésion s'interprètent à l'encontre de celle des parties qui en est l'auteur ». C'est la première fois, depuis la publication de l'avant-projet Catala, que le contrat d'adhésion est associé à une règle permettant de contrecarrer ses effets potentiellement indésirables, à savoir un abus de pouvoir de la part de la partie forte et la naissance d'un déséquilibre contractuel. Même si l'article 129 n'a pas la même portée que l'article 79, alinéa 1^{er}, la notion de contrat d'adhésion trouve enfin, à travers elle, une finalité pratique. Elle est enfin associée à l'une des règles constamment citée comme devant faire partie de son régime. Cette association est d'autant plus regrettable pour le contrat d'adhésion qui aurait pu être rattaché à l'article 79, alinéa 1^{er}, ce qui aurait complété son régime.

En conséquence, nous pouvons nous demander pourquoi les rédacteurs du projet ne sont-ils pas allés au bout de leur démarche ? Ont-ils craint l'utilisation de la notion de contrat d'adhésion dans l'application de l'article 79, alinéa 1^{er} ? Nous pouvons penser que cela est peu probable car sinon, pourquoi avoir fait référence au contrat d'adhésion à l'article 129 ? Dans les deux cas, l'application des règles supposent une opération de qualification du contrat. Était-ce pour faciliter l'appréhension du déséquilibre significatif ? Ou protéger la sécurité contractuelle en limitant l'intervention du juge à la seule clause non-négociée ? En effet, les règles d'interprétation du contrat ne sont encore et toujours que des conseils donnés au juge. Leur portée n'est donc pas comparable au pouvoir de suppression dont dispose le juge dès lors qu'il reçoit la demande, par la partie lésée, de supprimer une clause créant un déséquilibre significatif.

187. A la demande générale de la doctrine, le contrat d'adhésion finira par être associé à la règle sur les clauses abusives. Bien que cette association soit heureuse, elle s'explique, en réalité, par la volonté des promoteurs de la réforme d'apaiser les craintes liées à l'extension redoutée, par certains auteurs, du domaine d'application du déséquilibre significatif dans les

projets de 2013 et de 2015. Ainsi, et paradoxalement, le contrat d'adhésion va enfin être employé à bon escient.

§ 2 : Une notion au régime systématiquement incomplet

188. L'avant-projet de 2013, tout comme le projet d'ordonnance de 2015, assurent une réelle expansion du principe de justice contractuelle. Le régime de protection des parties vulnérables va d'abord être élargi pour ensuite être consolidé. Si cela est, sans aucun doute, de bonne augure pour le principe de justice contractuelle, il en va autrement pour le contrat d'adhésion. Que ce soit en 2013 (**A.**), ou en 2015 (**B.**), le contrat d'adhésion est demeuré une notion au régime incomplet sans aucune mise en corrélation avec la justice contractuelle.

A. L'expansion de la justice contractuelle dans l'avant-projet de 2013

1. Un régime élargi de protection des contractants vulnérables

189. Une véritable protection des plus faibles. La publication de l'avant-projet de réforme de 2013 a ravivé le débat doctrinal qui s'était quelque peu tari suite à la diffusion des projets de la Chancellerie de 2008 et 2009. En effet, cet avant-projet annonce la future ordonnance de réforme du droit des contrats qui traduit la volonté politique de l'époque de remédier au plus vite à un droit des contrats désormais dépassé, éclaté et lacunaire¹¹³⁰. Synthèse des deux premiers avant-projets doctrinaux et des deux précédentes esquisses de la Chancellerie, l'avant-projet de 2013 renoue avec l'idée d'affirmer l'existence de principes directeurs dans un chapitre premier intitulé « Dispositions préliminaires ». La liberté contractuelle demeure le précepte premier et permet de donner le ton à un projet qui se veut encore très libéral et attaché à la volonté des parties et au principe de la parole donnée. En ce sens, nombreuses sont les dispositions favorables aux échanges économiques et garantissant la sécurité juridique¹¹³¹. S'en suit de près la bonne foi qui reçoit, à nouveau, le « prestigieux label de “principe directeur” »¹¹³², ce qui ne sera pas au goût de tous les auteurs¹¹³³. Animant la formation du contrat, la bonne foi irrigue désormais, grâce au statut

¹¹³⁰ MAZEAUD (D.). « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, fév. 2014, n° 5, p. 291.

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 292-296.

¹¹³² *Ibid.*, p. 296.

¹¹³³ AYNES (A.). « Dispositions préliminaires », *Journ. soc.*, avr. 2014, n° 118, p. 13 ; TOURNAFOND (O.). « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : commentaire raisonné et critique », *Dr. et patrimoine*, nov. 2014, n° 241, p. 28.

qu'il lui est accordé, toutes les dispositions du futur droit des contrats. « En somme, liberté et justice contractuelles, promotion des échanges économiques et protection des contractants faibles, seront les deux mamelles du droit nouveau des contrats »¹¹³⁴. Autrement dit, le droit des contrats proposé demeure « un droit libéral, mais protégeant les contractants les plus faibles »¹¹³⁵.

190. Une lutte contre les clauses abusives élargie. Le régime de protection des parties vulnérables se traduit par l'insertion de dispositions visant à injecter plus de loyauté dans la relation contractuelle, à savoir le devoir d'information ou la révision du contrat pour imprévision¹¹³⁶. Cependant, il cherche aussi à garantir une certaine proportionnalité dans ladite relation. Cet objectif s'illustre, entre autres, à l'article 50 qui reconnaît le vice d'abus de faiblesse¹¹³⁷. Toutefois, il reçoit sa manifestation la plus éclatante à travers l'article 77 qui exprime un « changement de philosophie contractuelle »¹¹³⁸ en consacrant au sein du droit commun des contrats la lutte contre les clauses abusives. Ce dernier dispose qu' : « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Le professeur Dissaux semble être le seul auteur à se réjouir de l'existence de cette disposition. En effet, il considère la formulation de l'article 77 « heureuse » et apprécie avant tout la portée symbolique et politique d'une telle disposition, et ses conséquences bénéfiques sur la philosophie du contrat¹¹³⁹. Outre sa filiation consumériste qui a pu faire craindre une « gauchisation »¹¹⁴⁰ du Code civil, l'article 77 a notamment fait l'objet de critiques quant à la sanction qu'il prévoit (la suppression de la clause¹¹⁴¹), mais aussi et surtout pour son domaine d'intervention illimité.

Contrairement aux avant-projets doctrinaux et au projet de 2009, l'avant-projet de 2013 ne restreint pas le champ d'application de l'article 77 qui s'applique donc aussi bien

¹¹³⁴ MAZEAUD (D.). « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *art. préc.*, p. 292.

¹¹³⁵ SEUBE (J.-B.). « La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance », *Journ. soc.*, avr. 2014, n° 118, p. 11.

¹¹³⁶ MAZEAUD (D.). « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *art. préc.*, p. 297.

¹¹³⁷ BARBIER (H.). « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 50 ; CHAZAL (J.-P.). « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 47.

¹¹³⁸ DISSAUX (N.). « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 53.

¹¹³⁹ *Ibid.*, p. 53-54.

¹¹⁴⁰ MAZEAUD (D.). « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *art. préc.*, p. 298 ; TOURNAFOND (O.). « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : commentaire raisonné et critique », *art. préc.*, p. 36.

¹¹⁴¹ DISSAUX (N.). « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *art. préc.*, p. 55 et s.

au contrat de gré à gré qu'au contrat d'adhésion. Les professeurs Boffa¹¹⁴² et Stoffel-Munck¹¹⁴³ ont tous deux relevé cette particularité qu'ils désapprouvent. Le professeur Boffa l'avance d'emblée : « qu'il soit permis de penser que la clause abusive n'a pas sa place dans le Code civil, du moins pas en des termes aussi généraux »¹¹⁴⁴. En plus de nuire à l'attractivité du droit français¹¹⁴⁵, l'article 77 porterait atteinte à la confiance dans la parole donnée en ce qu'il donne au juge un large pouvoir d'appréciation et d'intervention au sein d'un contrat dont le contenu aura pu être négocié clause par clause par les parties¹¹⁴⁶. Or, « on ne peut [...] faire coexister, comme le fait le projet, le principe de la liberté contractuelle et le principe d'interdiction des clauses abusives »¹¹⁴⁷. Les professeurs Boffa et Stoffel-Munck jugent donc dangereuse l'introduction de cette disposition au sein du droit des contrats car elle serait susceptible de remettre en cause l'équilibre voulu par les parties¹¹⁴⁸. Dès lors, pourquoi ne pas avoir limité le champ d'application de l'article 77 à la clause non négociée, ou mieux au contrat d'adhésion ?

2. Le régime embryonnaire du contrat d'adhésion

191. La portée technique encore limitée du contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion est défini à l'article 8, alinéa 2 de l'avant-projet qui dispose que : « Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ». Hormis l'abandon du critère de la détermination unilatérale, l'article 8, alinéa 2 de l'avant-projet de 2013 reprend la formulation des définitions précédemment proposées du contrat d'adhésion. Sans surprise, ou contre toute attente, la définition laisse les commentateurs de marbre, à l'exception du professeur Aynès. Ce dernier souligne la « vertu pédagogique et didactique »¹¹⁴⁹ du procédé législatif consistant à regrouper des « définitions de termes juridiques et à classer les mécanismes correspondants »¹¹⁵⁰. Cependant, il souligne que : « l'intérêt individuel de chacune des

¹¹⁴² **BOFFA (R.)**. « Juste cause (et injuste clause) : brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, fév. 2015, n° 6, p. 339.

¹¹⁴³ **STOFFEL-MUNCK (P.)**. « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 56.

¹¹⁴⁴ **BOFFA (R.)**. *Ibid.*, p. 339.

¹¹⁴⁵ **STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Ibid.*, p. 59.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 58 ; **BOFFA (R.)**. *Ibid.*, p. 340.

¹¹⁴⁷ **BOFFA (R.)**. *Ibid.*, p. 339.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 340 ; **STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Ibid.*, p. 58.

¹¹⁴⁹ **AYNES (A.)**. « Dispositions préliminaires », *art. préc.*, p. 14.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

définitions ou classifications dépend du point de savoir si les termes et mécanismes en question obéissent à un régime juridique spécifique. A défaut, il est techniquement inutile de définir et de circonscrire le mécanisme juridique considéré »¹¹⁵¹. L'intérêt serait alors « purement théorique »¹¹⁵². L'auteur ne semble donc pas revenir sur l'utilité technique du contrat d'adhésion. De fait, ce dernier est repris à l'article 101 qui prévoit qu' : « En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat d'adhésion s'interprètent à l'encontre de la partie qui les a proposées ». Le contrat d'adhésion est donc associé à un mécanisme qui, nous le croyons, a bien plus qu'une simple « portée symbolique »¹¹⁵³ mais un intérêt technique non négligeable en ce sens qu'une telle règle ne saurait se confondre avec l'article 98 qui dispose que : « Dans le doute, une obligation s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur »¹¹⁵⁴ . Comme nous le verrons plus en détails dans le chapitre relatif au régime du contrat d'adhésion, les deux règles n'ont, en effet, pas du tout la même portée¹¹⁵⁵.

Si l'article 101 rehausse la dimension technique du contrat d'adhésion, nous pouvons regretter que l'avant-projet de 2013 n'ait pas saisi l'occasion d'associer l'article 77 au contrat d'adhésion. Cette combinaison aurait sans aucun doute contribué à renforcer la portée technique de la définition posée à l'article 8 en complétant le régime du contrat d'adhésion. Qui plus est, associer l'article 77 au contrat d'adhésion de l'article 8 aurait à la fois permis à l'avant-projet de 2013 de s'inscrire dans la continuité des avant-projets doctrinaux et du projet de 2009 de réforme du droit des contrats, et de suivre la lignée des premiers travaux consacrés à la notion de contrat d'adhésion. L'on s'en souvient, ces premières études comptaient parmi l'arsenal de règles imaginées pour lutter contre le déséquilibre de ce contrat, une disposition permettant d'annihiler les clauses léonines. La singularité du contrat d'adhésion nécessitait, à cette époque comme en 2013, la mobilisation d'outils qui allaient à l'encontre des principes de la théorie générale classique du contrat. Or, l'on comprend ici que les rédacteurs de l'avant-projet de 2013 n'aient pas souhaité circonscrire ces outils à une notion en particulier – le contrat d'adhésion – mais à l'étendre à tous les contrats, du moins pour une partie de ce régime.

¹¹⁵¹ **AYNES (A.)**. « Dispositions préliminaires », *art. préc.*, p. 14.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ **LECUYER (H.)**. « L'interprétation du contrat », *Journ. soc.*, avr. 2014, n° 118, p. 32.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ V. *infra* n° 299 et n° 430.

192. En 2015, les rédacteurs maintiendront ce choix politique dans le projet d'ordonnance de réforme qui sera, encore une fois, marquée par une expansion de la justice contractuelle et des doutes persistants gravitant autour de la notion de contrat d'adhésion.

B. L'expansion de la justice contractuelle dans le projet d'ordonnance de 2015

1. La consolidation du régime élargi de protection des contractants vulnérables

193. *La consécration du principe de bonne foi.* L'objectif était clair : « répondre à l'exigence croissante de justice contractuelle »¹¹⁵⁶. Tel était le deuxième axe annoncé dans le communiqué de presse du ministère de la Justice accompagnant la publication de la loi du 16 février 2015¹¹⁵⁷. Son article 8, 1^o autorisait le Gouvernement à légiférer sur le droit des contrats par voie d'ordonnance et prévoyait notamment « d'affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ». C'est ainsi que furent proposés, dans un chapitre premier consacré aux « Dispositions préliminaires », les articles 1102 et 1103. Le premier renforce le principe cardinal de la liberté contractuelle¹¹⁵⁸ tandis que le second, qui dispose que : « Les contrats doivent être exécutés de bonne foi », « rayonne comme un principe général »¹¹⁵⁹. Symboliquement important, et malgré le fait que le projet ne retienne pas le qualificatif de principe¹¹⁶⁰, l'article 1103 puise sa légitimité dans sa portée. En effet, le principe de bonne foi irrigue plusieurs dispositions du projet telle l'obligation précontractuelle d'information, la lutte contre les clauses abusives ou encore la théorie de l'imprévision¹¹⁶¹, désormais consacrée¹¹⁶². Dans la lignée de l'avant-projet de 2013, les articles 1102, alinéa 1^{er} et 1103 du projet d'ordonnance de 2015 donnent le ton philosophique et politique au nouveau droit des contrats. Dorénavant, « à travers la

¹¹⁵⁶ Dossier de presse du Ministère de la Justice, disponible sur < http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf >.

¹¹⁵⁷ L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

¹¹⁵⁸ Art. 1102, al. 1^{er} : « 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.

¹¹⁵⁹ **DISSAUX (N.), JAMIN (C.)**. *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Paris : Dalloz, 2015, p. 6.

¹¹⁶⁰ **DAMAS (N.)**. « Dispositions relatives à la formation du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, *op. cit.*, p. 15-16.

¹¹⁶¹ **CABRILLAC (R.)**. « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 771 ; **CHAUVIRE (P.)**. « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n°s 119-120, p. 1330 ; **MOLFESSIS (N.)**. « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G*, déc. 2015, n° 52, p. 2390.

¹¹⁶² **DISSAUX (N.), JAMIN (C.)**. *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 95.

liberté contractuelle, la dimension libérale du contrat est affirmée. Elle est immédiatement contrebalancée, et donc atténuée, par une dimension morale tenant à l'exigence de bonne foi »¹¹⁶³. La consécration de ces principes directeurs officiels n'a pas tant interpellé la doctrine. Cette dernière est plutôt préoccupée par l'insertion de l'article 1169 au sein du projet de réforme. Ce dernier dispose, dans son alinéa 1^{er}, qu' : « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Les auteurs se sont interrogés sur l'« opportunité »¹¹⁶⁴, tant pour l'application du droit interne que pour son attractivité, d'insérer une telle disposition.

194. Une lutte contre les clauses abusives toujours aussi large. Le taxant d'un véritable « effet répulsif » au droit des contrats, le professeur Bicheron n'a pas manqué de faire connaître son profond mécontentement et sa vive crainte à l'égard de l'article 1169¹¹⁶⁵. Selon lui, ce dernier n'aurait pas sa place au sein d'un droit commun des contrats dont la conception repose sur l'autonomie de la volonté et la liberté des parties¹¹⁶⁶. Il ne ferait qu'intensifier les pouvoirs d'un juge dont l'office serait déjà trop grand en matière contractuelle¹¹⁶⁷. En réalité, la consécration du principe de bonne foi comme étendard de la justice contractuelle suppose d'accorder une plus grande confiance au juge dont le rôle est surtout correcteur et non inquisiteur¹¹⁶⁸. Partant, l'article 1169 est « emblématique de la préoccupation de la justice contractuelle qui irrigue le projet » et « attire dans le droit commun la lutte contre les clauses abusives »¹¹⁶⁹. Il est donc inconcevable, à ce stade de la réforme, de s'en défaire. L'article 1169 est, en effet, devenu la « clé de voûte »¹¹⁷⁰ du projet de réforme et le « symbole de la volonté politique de neutraliser les excès de la liberté contractuelle »¹¹⁷¹. C'est pourquoi sa suppression n'est pas souhaitable, voire même « symboliquement impossible »¹¹⁷². Ceci dit, c'est son champ d'application que les auteurs

¹¹⁶³ **BLANC (N.)**. « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n^{os} 119-120, p. 1308, n^o 4.

¹¹⁶⁴ **LAITHIER (Y.-M.)**. « Dispositions relatives à la validité du contrat », *in La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, op. cit.*, p. 35-36.

¹¹⁶⁵ **BICHERON (F.)**. « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n^{os} 119-120, p. 1326.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 1327, n^o 3.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 1328, n^o 6. V. égal. **MOLFESSIS (N.)**. « Amendements doctrinaux », *JCP G*, mai 2015, n^o 21, p. 4.

¹¹⁶⁸ **BLANC (N.)**. « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 1308, n^o 6.

¹¹⁶⁹ **SAVAUX (E.)**. « Le contenu du contrat », *JCP G*, mai 2015, n^o 21, p. 25, n^o 14.

¹¹⁷⁰ **BROS (S.)**. « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC*, sept. 2015, n^o 3, p. 761.

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² **SAVAUX (E.)**. « Le contenu du contrat », *art. préc.*, p. 25, n^o 14.

conseillent encore une fois de restreindre. Certains proposent de revenir à la proposition suggérée par les avant-projets Catala et Terré de limiter la lutte contre les clauses abusives aux clauses non négociées¹¹⁷³. D'autres recommandent d'assigner l'article 1169 au contrat d'adhésion¹¹⁷⁴ puisque « le déséquilibre significatif n'est intolérable que s'il est inclus dans un contrat qui n'a pas été négocié, et qui ne pourrait pas l'être, par celui qui en est victime »¹¹⁷⁵. Cette imputation serait d'autant plus judicieuse que l'article 1169 compléterait le « droit du contrat d'adhésion »¹¹⁷⁶, encore « embryonnaire »¹¹⁷⁷, souhaité à l'article 8, 5^o de la loi du 16 février 2015 qui intime de « clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ».

2. Les dissensions latentes autour du contrat d'adhésion

195. Une définition à parfaire. L'article 1108, alinéa 2 définit le contrat d'adhésion de la façon suivante : il est « celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ». Les auteurs ne sont pas revenus sur ce critère déterminant de la définition du contrat d'adhésion¹¹⁷⁸, ni sur l'introduction de ladite définition au sein du droit commun. Au contraire, cet avènement a été salué comme essentiel¹¹⁷⁹. Cependant, les controverses dont nous avons pu faire état dans l'introduction de cette thèse, concernant la définition du contrat d'adhésion avant sa ratification en 2018¹¹⁸⁰, prennent racine à ce moment-là. En effet, la doctrine s'est arrêtée sur l'expression « stipulations essentielles » qu'elle considère comme perfectible¹¹⁸¹. A ses yeux, les « stipulations essentielles » portent à confusion car renverraient aux clauses négociées, ou

¹¹⁷³ **BICHERON (F.)**. « N'abusons pas de la clause abusive », *art. préc.*, p. 1329 ; **SAVAUX (E.)**. « Le contenu du contrat », *art. préc.*, p. 25, n° 14.

¹¹⁷⁴ **BROS (S.)**. « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *art. préc.*, p. 761 ; **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, juin 2015, n° 21, p. 1228, n° 6 ; **REVET (T.)**. « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, juin 2015, n° 21, p. 1222, n° 12.

¹¹⁷⁵ **BROS (S.)**. *Ibid.*

¹¹⁷⁶ **CHENEDE (F.)**. *Ibid.*, p. 1228.

¹¹⁷⁷ **BOFFA (R.)**. « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 737.

¹¹⁷⁸ Hormis pour le professeur Chénéde qui juge la définition imparfaite en ce qu'elle renvoie à la libre discussion (**CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *art. préc.*, p. 1227-1228, n° 3). Selon lui, ce critère porterait à confusion car ferait référence à un contrat que l'auteur ne souhaite pas qualifier d'adhésion : le contrat de dépendance. Or, nous ne sommes pas du même avis. Nous reviendrons plus largement sur cette problématique dans la deuxième partie de cette étude, v. *infra* n° 321.

¹¹⁷⁹ **BOFFA (R.)**. « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 736 ; **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *art. préc.*, p. 1227, n° 2 ; **REVET (T.)**. « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *art. préc.*, p. 1221, n° 10.

¹¹⁸⁰ V. *supra* n° 3.

¹¹⁸¹ **BLANC (N.)**. « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 1310, n° 11 ; **BOFFA (R.)**. « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 736 ; **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *art. préc.*, p. 1227, n° 3.

du moins consciencieusement acceptées par l'adhérent¹¹⁸². Son acception était perçue comme trop étroite en ce qu'elle établissait une « zone grise » entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré¹¹⁸³. C'est ainsi que les auteurs proposent de recourir aux notions de « conditions »¹¹⁸⁴ ou de « conditions générales »¹¹⁸⁵, ou encore de supprimer le terme « essentielles » tout en conservant celui de « stipulations »¹¹⁸⁶.

196. Un régime à compléter. Comme nous venons de le mentionner, il semblait urgent en 2015 d'associer le dispositif de lutte contre les clauses abusives à la notion de contrat d'adhésion, au pire pour rassurer une doctrine alarmée par une expansion de la justice contractuelle qui lui semble illimitée, au mieux pour construire le régime du contrat d'adhésion tel qu'il se doit. En associant l'article 1169 à l'article 1193, le régime du contrat d'adhésion serait complet. En effet, l'article 1193 dispose qu' : « en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat d'adhésion s'interprètent à l'encontre de la partie qui les a proposées ». Cette disposition a suscité quelques critiques et a soulevé des interrogations notamment concernant son autonomie. Quant aux critiques, le professeur Witz regrette que l'article 1193 soit limité au seul contrat d'adhésion¹¹⁸⁷. En ce sens, il aurait souhaité que son champ d'application soit étendu à tous les contrats dès lors qu'une clause reçoit le qualificatif de « clause non négociée »¹¹⁸⁸. Une telle réécriture de l'article 1193 évincerait le contrat d'adhésion qui ne serait plus d'aucune utilité puisque la disposition s'appliquerait à tous les contrats, négocié ou non. En ce sens, le professeur Witz reconnaît qu'une telle décision viendrait en contradiction avec la mission qu'a le Gouvernement de « clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats »¹¹⁸⁹. Quant à l'autonomie de l'article 1193, certains auteurs la défendent ou l'espèrent¹¹⁹⁰, tandis que d'autres estiment que cette règle n'interviendrait qu'en cas

¹¹⁸² **BOFFA (R.)**. *Ibid.*, p. 737.

¹¹⁸³ **BLANC (N.)**. « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *art. préc.*, p. 1310, n° 11 ; **BOFFA (R.)**. « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 737.

¹¹⁸⁴ **BOFFA (R.)**. *Ibid.*

¹¹⁸⁵ **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *art. préc.*, p. 1228, n° 4.

¹¹⁸⁶ **BLANC (N.)**. *Ibid.*, p. 1310, n° 11.

¹¹⁸⁷ **WITZ (C.)**. « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, oct. 2015, n° 35, p. 2021.

¹¹⁸⁸ V. *supra* n° 11.

¹¹⁸⁹ **WITZ (C.)**. *Ibid.* ; Art. 8, 5° de la loi L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

¹¹⁹⁰ **DISSAUX (N.)**, **JAMIN (C.)**. *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 92 ; **REVEL (T.)**. « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *art. préc.*, p. 1221, n° 11.

d'impossible application de l'article 1188¹¹⁹¹ qui prévoit qu' : « un contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt que d'après le sens littéral des termes./ Lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Or, l'on sait pertinemment qu'aucune volonté commune ne peut être décelée dans le contrat d'adhésion, le contraire étant totalement artificiel¹¹⁹². Nous pouvons également penser que l'interprétation raisonnable ne serait d'aucun secours pour la partie faible au contrat qui doit pouvoir bénéficier de la protection la plus efficace possible. Ainsi, l'interprétation *contra proferentem* paraît être la méthode la plus juste d'interprétation d'un contrat dont les termes n'ont pas été négociés.

197. L'ordonnance de 2016 répondra aux attentes de la doctrine et tentera d'apaiser leurs inquiétudes en modifiant la définition donnée du contrat d'adhésion et en limitant la règle concernant la lutte contre les clauses abusives au seul contrat d'adhésion. Néanmoins, nous pouvons ne pas être convaincue par certains changements apportés par l'ordonnance de réforme du droit des contrats.

§ 3 : L'inamovibilité du contrat d'adhésion garantie par l'ordonnance de 2016

198. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est, sans aucun doute, « LE texte de l'année »¹¹⁹³ 2016. De fait, elle marque le point final de la réforme du droit des contrats, du moins législative. C'est désormais à la doctrine, mais surtout aux juges, de reprendre le flambeau afin d'inscrire la réforme dans la pérennité¹¹⁹⁴. Quelle conclusion peut-on tirer de l'ordonnance de 2016 quant aux notions qui ont particulièrement retenu notre attention tout au long de cette relecture des projets de réforme du droit des contrats ? Tout d'abord, la justice contractuelle est perçue comme un principe général du nouveau droit des contrats (A.). Ensuite, le contrat d'adhésion fait définitivement l'objet d'une intégration au sein du futur droit des contrats français (B.).

¹¹⁹¹ DESHAYES (O.). « L'interprétation des contrats », *JCP G*, mai 2015, n° 21, p. 41, n° 14.

¹¹⁹² REVET (T.). « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *art. préc.*, p. 1221, n° 11.

¹¹⁹³ MALLET-BRICOUT (B.). « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.*, juin 2016, n° 2, p. 463.

¹¹⁹⁴ V. *infra* n°s 521-522.

A. La justice contractuelle, un principe fondamental du nouveau droit des contrats

199. Les objectifs de la réforme. Le Rapport adressé au Président de la République mentionne deux objectifs majeurs. Le premier est d'assurer la sécurité juridique en rendant le droit des contrats plus lisible et accessible, plus pragmatique et plus en phase avec le contexte contractuel contemporain en opérant une codification à droit constant de la jurisprudence¹¹⁹⁵. Le second objectif souhaite renforcer l'attractivité du droit français sur la scène internationale en proposant un droit des contrats sensible à l'économie et attentif aux exigences du monde des affaires¹¹⁹⁶. Toutefois, cette prise en compte de l'efficacité économique du droit ne s'est pas faite au détriment de la protection des plus vulnérables. La justice contractuelle demeure un objectif phare de la réforme du droit des contrats¹¹⁹⁷. Cette volonté d'offrir un environnement contractuel sain et dépourvu d'abus de pouvoir nuisibles se traduit, entre autres, par la consécration du principe directeur de bonne foi, l'introduction définitive de la définition du contrat d'adhésion et l'avènement d'un dispositif de droit commun visant à lutter contre les clauses abusives, sans oublier une règle spécialement dédiée à l'interprétation du contrat d'adhésion. Sans revenir sur le ton réellement donné au nouveau droit des contrats, et sa volonté de trouver un équilibre entre le souci de justice contractuelle et l'impératif de liberté contractuelle¹¹⁹⁸, nous pouvons toutefois souligner que le principe de bonne foi repris à l'article 1104¹¹⁹⁹ traduit, avec les articles 1102¹²⁰⁰ et 1103¹²⁰¹, la « quintessence du droit des obligations »¹²⁰². Elles sont le reflet de l'âme de la matière et remplissent, en plus de leur fonction symbolique, une fonction normative en ce qu'elles guident l'interprétation et l'application des dispositions du nouveau droit des contrats¹²⁰³. En aucun cas, ces dispositions ne revêtent une dimension

¹¹⁹⁵ 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, p. 2-3.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*

¹¹⁹⁸ V. *supra* n° 12.

¹¹⁹⁹ Art. 1104 de l'O. de 2016 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi./ Cette disposition est d'ordre public ».

¹²⁰⁰ Art. 1102 de l'O. de 2016 : « 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 liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

¹²⁰¹ Art. 1103 de l'O. de 2016 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

¹²⁰² **MEKKI (M.)**. « Les disposition liminaires », *art. préc.*, p. 16.

¹²⁰³ *Ibid.* ; 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, p. 5.

supérieure et « sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru »¹²⁰⁴, prévient le Rapport au Président de la République.

200. En plus de cette affirmation, il est désormais clair que la notion de contrat d'adhésion, ainsi que son régime, accompagnent la réalisation du principe de justice contractuelle.

B. Le contrat d'adhésion, une notion aux contours incertains mais au régime complet

201. Le contrat d'adhésion fait définitivement son entrée au sein du futur droit commun des contrats. Il est accompagné des deux règles qui composent son régime : la disposition relative à l'interprétation *contra proferentem* et celle visant à lutter contre les clauses abusives. Ce régime peut désormais être qualifié de complet puisque le contrat d'adhésion se retrouve être associé aux outils qui ont toujours constitué les solutions préconisées pour lutter contre l'éventuel abus né du contrat d'adhésion. C'était bel et bien l'objectif prescrit par la loi de février 2015 que l'ordonnance de 2016 remplit sans faire défaut. Cependant, la définition du contrat d'adhésion retenue par l'ordonnance de 2016 « apparaît plus nébuleuse et suscitera vraisemblablement la chicane »¹²⁰⁵. En effet, la définition proposée semble inadéquate et encore incertaine (1.), tandis que le régime de protection des contractants vulnérables, enfin limité au seul contrat d'adhésion, soulève de nouvelles interrogations (2.).

1. L'inadéquation d'une définition incertaine

202. *Le choix des « conditions générales ».* L'ancienne rédaction de l'article 1110, alinéa 2 accuse un changement dans la définition proposée du contrat d'adhésion. Réceptif aux critiques jugeant la formulation précédemment retenue (« stipulations essentielles ») inappropriée, le législateur s'est rangé à l'opinion doctrinale en adoptant l'expression de « conditions générales ». L'article 1110, alinéa 2, tel que prévu au 10 février 2016, se lit donc comme suit : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Elle se comprend toujours

¹²⁰⁴ 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, p. 5.

¹²⁰⁵ **DISSAUX (N.), JAMIN (C.)**. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire des articles 1100-1386-1 du Code civil*, Paris : Dalloz, 2016, p. 13.

en opposition à l'alinéa premier de l'article 1110 qui dispose que : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties ». Comme nous le savons, la notion de « conditions générales », a, par la suite, fait l'objet de nombreux débats, empruntant régulièrement la navette parlementaire lors de l'élaboration de la loi de ratification¹²⁰⁶. La notion de « conditions générales » avait, à cette époque, été jugée adéquate en ce qu'elle permettait de limiter le champ d'application de l'article 1110, alinéa 2 aux seuls contrats de masse, principaux concernés par la qualification de contrat d'adhésion¹²⁰⁷. Or, parmi ces contrats de masse, une grande majorité étaient, et sont toujours, des contrats de consommation. Étaient donc exclus les contrats de dépendance qui, selon certains auteurs, ne pouvaient recevoir la qualification de contrat d'adhésion, n'étant pas constitués de conditions générales qui auraient été déterminées à l'avance par l'une des parties et soustraites à la négociation¹²⁰⁸.

203. Un choix critiquable. Cette conception restrictive du contrat d'adhésion est-elle seulement souhaitable, voire même défendable ? Nous ne le pensons pas¹²⁰⁹. Aujourd'hui, « il serait excessif de croire que la recherche du raisonnable ou de l'équilibre est limitée aux seules relations professionnels-consommateurs. Ce sont tous les contrats de dépendance qui sont irrigués par cette préoccupation »¹²¹⁰. En effet, certaines clauses abusives peuvent

¹²⁰⁶ V. *supra* n° 3 ; **DISSAUX (N.), JAMIN (C.)**. *Ibid.*, p. 14 : au lendemain de la publication de l'ordonnance de 2016, les deux auteurs s'interrogent quant au bien-fondé de la notion de « conditions générales » qui entraînerait une redondance avec le critère de la « soustraction à la négociation ». De fait, « les conditions générales ne sont-elles pas précisément celles qui ne font l'objet d'aucune discussion ? La nouvelle définition du contrat d'adhésion serait ainsi purement circulaire ».

¹²⁰⁷ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyses des principales innovations de l'Ordonnance de 10 février 2016*, *op. cit.*, p. 77 ; **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *art. préc.*, p. 70-71.

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ V. *infra* n° 321.

Pour une interprétation large de l'article 1110, al. 2 du Code civil, v. **DURAND-PASQUIER (G.)**. « Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme », *JCP N*, avr. 2016, n° 13, étu. 1113, p. 42 et s. ; **FENOUILLET (D.)**. « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 363-364, n° 23 ; **HOUTCIEFF (D.)**. « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 67-68 ; **LATINA (M.)**. « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 23 ; **MEKKI (M.)**. « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.*, mars 2016, n° 12, p. 794 ; **MOUIAL-BASSILANA (E.)**. « Abus de dépendance et clauses abusives », *art. préc.*, p. 61-62, n°s 17-19.

¹²¹⁰ **BARBIERI (J.-J.)**. « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, avr. 2006, n° 2, p. 625.

V. égal. **GHESTIN (J.)**. « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels*, **JAMIN (C.), MAZEAUD (D.)** (dir.), Coll. Etu. Juridiques, Paris : Economica, 1998, p. 3, spéc. p. 5 et p. 7 ; **MAZEAUD (D.)**. « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *op. cit.*, p. 517. Pour un point de vue plus nuancé, v. : **MESTRE (J.)**. « Rapport de synthèse », in *Les clauses abusives entre professionnels*, *op. cit.*, p. 161.

Pour le Québec, v. : **PINEAU (J.)**. « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 439 : « Il s'avérerait donc important de définir les contrats de consommation et d'adhésion, de viser tous les contrats de consommation régis par des lois particulières (art. 1384 C.c.Q.) et de viser aussi les contrats d'adhésion, y compris ceux conclus entre les exploitants d'une entreprise (art. 1379 C.c.Q.) ; en effet, les citoyens consommateurs ne sont pas

subrepticement se glisser parmi les stipulations d'un contrat d'affaires. Partant, circonscrire la qualification de contrat d'adhésion aux seuls contrats de consommation, et plus généralement de masse, reviendrait à faire fi de la réalité de la conclusion de certains contrats d'affaires et, en conséquence, à manquer la cible fixée par le législateur qu'est l'offre d'une meilleure protection pour la partie faible au contrat. L'essence de la notion de contrat d'adhésion, telle qu'elle est conçue dans le discours doctrinal que nous avons retracé, est de garantir une telle protection peu important la qualité du contractant. La qualification de contrat d'adhésion découle de la méthode de formation du contrat. Elle ne dépend donc pas de la qualité des parties si bien qu'un particulier, autant qu'un consommateur ou un professionnel peuvent voir leur contrat être qualifié d'adhésion. La notion de contrat d'adhésion protège chaque partie contractante vulnérable dès lors que celle-ci doit faire face à un déséquilibre contractuel significatif. Finalement, la notion de « conditions générales » a été abandonnée au profit de l'expression « ensemble de clauses non négociables ». Quoiqu'il en soit, et c'est le propre de toute définition, que l'on parle de « stipulations essentielles », de « conditions générales » ou d'« ensemble de clauses non négociables », la définition du contrat d'adhésion offre inévitablement un exercice d'interprétation et de détermination de ses contours, pourvu qu'on le fasse dans le sens d'une plus grande justice contractuelle.

2. La limitation du régime de protection des contractants vulnérables au contrat d'adhésion

204. Un régime enfin complet. La règle d'interprétation *contra proferentem* marque la constante de ce processus de réforme et ne soulève ni remarque ni critique. Dans la veine de ses prédécesseurs, l'article 1190 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 ». Quant à la disposition permettant de lutter contre les clauses abusives, elle voit enfin son champ d'application être limité au contrat d'adhésion, mettant ainsi fin « aux noces rebelles »¹²¹¹ de ces deux dispositions. L'article 1171, dans sa version de 2016, dispose désormais que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre

nécessairement seuls à se trouver un état d'infériorité vis-à-vis des commerçants : il y a aussi des professionnels au sens large du terme, des entrepreneurs, qui se trouvent en état de dépendance vis-à-vis de puissantes sociétés ».

¹²¹¹ CHAUDOUET (S.). *Le déséquilibre significatif*, op. cit., p. 490, n° 638.

significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite./ L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

Tout d'abord, cette limitation bienvenue et opportune de l'article 1171 au seul contrat d'adhésion permet de donner un supplément d'âme à cette figure contractuelle qui voit son régime être complété¹²¹². Ensuite, elle permet de « répondre aux inquiétudes des représentants du monde des affaires »¹²¹³ qui souhaitent ardemment que le champ d'application de la règle nouvelle soit limité. Enfin, elle s'engouffre dans la brèche qui s'était petit à petit ouverte entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion pour mieux l'exploiter. En effet, en limitant le champ d'application de l'article 1171 au seul contrat d'adhésion, le législateur verrouille la possibilité pour le contrat de gré à gré d'être soumis à un même contrôle du déséquilibre significatif par le juge et freine « l'émancipation de la règle envisagée de l'objectif de protection du consentement »¹²¹⁴ et ce, peu important le contrat conclu. Finalement, le législateur de 2016 a fait le choix – de politique contractuelle – de consacrer un droit commun des contrats à deux vitesses qui a pour conséquence de créer une scission au sein de la théorie générale du contrat. Désormais, le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion ne suivront plus des trajectoires tout à fait parallèles.

Est-ce là un choix regrettable ? Le domaine de la justice contractuelle est-il – doit-il – seulement être limité au contrat d'adhésion ? N'a-t-il pas la place de s'exprimer au sein du contrat de gré à gré ? Selon le professeur Lagarde, la protection de la partie faible ne doit pas se limiter au contrat d'adhésion mais doit intervenir quelle que soit la pratique contractuelle. A ses yeux, « le gré à gré n'est jamais une garantie contre l'abus [...] »¹²¹⁵. Les clauses d'un contrat négocié sont tout aussi susceptibles de devenir, un jour, le théâtre d'un déséquilibre que celles qui composent un contrat d'adhésion. On le sait, l'égalité parfaite des contractants n'existe qu'en théorie. En pratique, l'une des parties présentera

¹²¹² **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *art. préc.*, p. 69.

¹²¹³ 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, p. 11.

¹²¹⁴ **WALTER (J.-B.)**. « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *art. préc.*, p. 347.

¹²¹⁵ **GROSSER (P.)**. « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ Contrat*, juin 2016, n° 6, p. 270 ; **LAGARDE (X.)**. « Observations de Xavier Lagarde », *art. préc.*, p. 75.

toujours un avantage, même minime, par rapport à l'autre¹²¹⁶. Cela étant dit, cette partie profitera-t-elle forcément de son avantage ? Peut-on imaginer qu'une clause possiblement discutée, parfois avec beaucoup de minutie, puisse faire l'objet d'un abus voulu ? En principe, un contrat négocié ne devrait pas dissimuler de mauvaises surprises. Dès lors, si l'application d'une clause devient la source d'un abus, vient à l'esprit le cas de l'imprévision. En effet, l'on peut imaginer que le déséquilibre soudain dont souffrirait le contrat serait la conséquence de circonstances exceptionnelles imprévues par les parties. Il serait déraisonnable de croire que les parties au contrat aient pu prévoir un tel déséquilibre si bien qu'il serait inconcevable de soutenir que ce dernier ait été voulu et recherché par l'une des parties. Dans ce cas, le droit commun des contrats offre désormais un outil susceptible de corriger un tel déséquilibre qui n'est autre que l'article 1195 qui renverse définitivement la jurisprudence du canal de Craonne en consacrant l'imprévision¹²¹⁷. Cependant, l'on pourrait nous objecter que ce n'est pas uniquement un changement de circonstances qui peut transformer la clause négociée en clause abusive. De fait, il arrive que la situation de dépendance dans laquelle se trouve l'une des parties, qui aura toutefois pu négocier le reste du contrat, ne lui aura pas laissé d'autre choix que d'accepter cette unique clause abusive. Il est également possible que l'application de mauvaise foi de la clause par l'une des parties puisse conduire à un préjudice pour l'autre partie ; que cette même partie, voulant tirer un plus grand avantage que son cocontractant, ait subrepticement proposé à ce dernier une clause qui s'avèrera lésionnaire une fois mise en application. Le cocontractant lésé n'aura tout simplement pas pris l'exacte mesure du déséquilibre. Nous sommes consciente que de telles situations peuvent survenir en pratique. Néanmoins, doit-on forcément mobiliser une disposition permettant de lutter contre les clauses abusives pour y remédier ? Peut-on seulement qualifier une telle clause d'abusive ?

¹²¹⁶ **CHAZAL (J.-P.)**. *De la puissance économique en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 189, n° 63 et s. ; **CHONE (A.-S.)**. *Les abus de domination : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Recherches juridiques, Paris : Economica, 2010, p. 354, n° 535 (v. égal. sa note de bas de page n° 3 de la page 353 qui reprend l'opinion du professeur Larroumet qui, tout en ayant un propos nuancé, reconnaît que les contrats de gré à gré ne sont pas à l'abri des clauses abusives) ; **LASBORDES (V.)**. *Les contrats déséquilibrés*, préf. SAINT-HALARY HOUIN (C.), Aix-en-Provence : PUAM, 2000, p. 243, n° 249.

¹²¹⁷ Art. 1195 C. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. / En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

De deux choses l'une. Premièrement, il faut garder à l'esprit que la « trajectoire conceptuelle »¹²¹⁸ contemporaine du déséquilibre significatif est étroitement liée au développement de l'unilatéralisme. Loin de le condamner, la réforme du droit des contrats de 2016 a, au contraire, accueilli l'unilatéralisme¹²¹⁹. Le législateur a, en effet, admis que l'unilatéralisme est une « ressource essentielle de la vie contractuelle contemporaine »¹²²⁰. Or, cette reconnaissance a un prix : « celui-ci [l'unilatéralisme] doit cependant être encadré pour ne pas faire accès à des pratiques excessives, écrit M. Fériel. Dans ce contexte, la notion de déséquilibre significatif a précisément pour rôle de garantir une telle régulation. Le balancement est indispensable, conclut l'auteur : si le contrat peut être rédigé par une seule des parties, il demeure néanmoins avant tout un “accord de volontés” autant qu’une “rencontre d'intérêts” »¹²²¹. Le déséquilibre significatif, tel qu'envisagé aujourd'hui par le droit commun, mais aussi par les droits spéciaux, n'a de sens que s'il est utilisé comme un « tempérament »¹²²² au pouvoir unilatéral d'une partie qui en aurait abusé. Deuxièmement, nous croyons que le droit commun du contrat de gré à gré dispose, encore une fois, des ressources adéquates pour lutter contre un quelconque abus qui grèverait un contrat négocié. Reprenons dans l'ordre les exemples cités plus haut. Quant à la situation de dépendance dans laquelle se trouverait l'une des parties, nous pouvons imaginer l'application de la théorie des vices du consentement, et plus particulièrement de l'article 1143 qui introduit dans le Code civil le vice de violence, non seulement économique, mais toute violence qui lèserait le consentement de la partie lésée¹²²³. Concernant le contractant malintentionné, l'article 1104, qui prévoit que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », pourrait sanctionner son comportement de mauvaise foi. L'article 1170¹²²⁴ permettrait de réputer non écrite une clause qui porterait atteinte au sens et à l'essence du contrat si ledit contractant portait atteinte au cœur du contrat, à ses obligations essentielles. Enfin, à propos du contractant cupide qui aurait inséré une clause lésionnaire, le législateur français a maintenu le *statu quo* et n'a pas intégré le principe de la

¹²¹⁸ **FÉRIEL (L.)**. « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », *JCP E*, mai 2021, n^{os} 19-20, étu. 1246, p. 26, n^o 2.

¹²¹⁹ *Ibid.*, p. 27, n^o 2.

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Ibid.*, p. 28, n^o 3.

¹²²³ Art. 1143 C. civ. : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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 ».

¹²²⁴ Art. 1170 C. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

lésion qui ne pourra donc pas faire tomber la clause. Cependant, il est envisageable de mobiliser encore une fois la théorie des vices du consentement en ayant recours, cette fois-ci, à l'erreur, voire même au dol. Poussons la réflexion encore plus loin et retenons le cas de figure suivant lequel, dans un contrat pourtant négocié, l'une des parties au contrat aurait imposé plusieurs clauses à son cocontractant. Dans cette hypothèse, nous pouvons penser que la qualification de contrat de gré à gré tomberait pour être remplacée par celle de contrat d'adhésion. Dès lors qu'il y a un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties et sans possibilité, pour l'autre partie, de les négocier, le contrat conclu devient un contrat d'adhésion et suivra le régime qui vient avec cette qualification.

A travers ces quelques exemples, nous comprenons que la réforme du droit des contrats de 2016 ne vient nullement bouleverser les acquis toujours actuels du droit des contrats de 1804. Au contraire, elle les renforce et les enrichit en intégrant des dispositions à même de répondre aux besoins et aux problématiques soulevés par les relations contractuelles. Aussi, toutes ces règles répondent d'une philosophie qui se distingue de celle véhiculée par le contrat d'adhésion. En effet, elles viennent remédier à une volonté contractuelle blessée. *A contrario*, les règles qui composent le régime particulier du contrat d'adhésion cherchent à combler une volonté inexistante ou, à tout le moins, extrêmement limitée. Ces dernières ont donc finalement pour objectif d'assurer plus de protection dans un cas très particulier qu'est le contrat d'adhésion. Certes, « ce n'est jamais parce qu'il est déséquilibré qu'un contrat est d'adhésion » mais c'est bien « parce qu'il est d'adhésion qu'un contrôle du déséquilibre significatif est permis »¹²²⁵. Nous pouvons donc penser que le choix du législateur n'est pas regrettable mais simplement différent d'une autre option qui s'offrait à lui : celle de réfléchir non plus en termes de formation du contrat mais de déséquilibre, peu important le contrat conclu. Lorsque le professeur Lagarde soutient que le gré à gré n'est pas une garantie contre l'abus, il adopte une conception plus large de la relation contractuelle en dépassant la notion de contrat, et plus particulièrement celle de contrat d'adhésion, pour identifier la situation de déséquilibre¹²²⁶. Or, une telle façon de

¹²²⁵ DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.). *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 81.

¹²²⁶ V. égal. CHANTEPIE (G.). « Les virtualités du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 155 : « Le contrat d'adhésion repose sur le constat d'un processus de conclusion du contrat qui ne permettrait pas une libre négociation entre les parties. Cette analyse renvoie toujours le contrat à sa procédure, en mettant l'accent sur la négociation alors même qu'elle n'est pas un élément déterminant de la notion de contrat. En déplaçant l'analyse vers l'aspect matériel du contrat,

penser les règles du droit commun des contrats – autour de la notion de déséquilibre – supposerait un renversement total de la théorie générale du contrat qu'il faudrait alors entièrement reconstruire sur des bases autres que celles de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Ce n'est pas le choix fait par le législateur de 2016. Ce dernier démontre son attachement légitime à une théorie générale du contrat libérale qui trouve, fort heureusement, encore sa place aujourd'hui. Il est rassurant de penser, voire même de croire, que certains contractants ont encore la possibilité et la faculté de négocier les termes de leur contrat, de dresser des avant-contrats, de discuter longuement de leurs intérêts respectifs et comment ils souhaitent les articuler. Même si le contrat d'adhésion représente la majorité des contrats que l'on conclut au quotidien, reste que les contrats de gré à gré existent et existeront toujours, du moins faut-il l'espérer¹²²⁷. Le législateur de 2016 a plutôt pris le parti de penser la théorie générale sous forme de deux pôles construits autour de deux figures contractuelles antinomiques : le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion. Cette vision binaire, loin d'être rétrograde, permet de maintenir une certaine cohérence au sein du droit commun des contrats tout en offrant un tremplin pour une future évolution – voire révolution ? – de la théorie générale du contrat. C'est pour cela que nous pouvons être persuadée que le législateur de 2016 a pris un parti raisonnable en choisissant de limiter l'article 1171 au seul contrat d'adhésion. Le déséquilibre significatif revêt une logique qui se veut différente de celle que l'on connaît depuis 1804. Il est le « symbole d'une mutation récente, mais profonde, dans la façon de concevoir le contrat »¹²²⁸. Cette nouvelle conception de la relation contractuelle va, sans conteste, influencer la vision qu'a le juge du contrat. Selon M. Fériel, la charge symbolique qui transparait à travers l'article 1171 se situe précisément ici : « le juge est expressément investi de cette fonction de contrôle de l'unilatéralisme et de sanction des excès rencontrés »¹²²⁹. C'est pourquoi l'auteur juge que le déséquilibre significatif constitue « le socle technique d'une nouvelle algèbre conceptuelle

son intérêt et son équilibre, on éviterait le recours à l'idée du contrat d'adhésion. Il faudrait pour cela admettre un contrôle substantiel, et non seulement procédural ».

¹²²⁷ Un tel constat invite à se demander si, finalement, le régime du contrat d'adhésion n'est pas devenu le principe lorsque celui du contrat de gré à gré est devenu l'exception. Ce dernier serait devenu le régime auquel on aspire. Notre souhait de préserver la théorie classique du contrat trouve peut-être une meilleure réponse dans cette optique. En ce sens, v. **CHANTEPIE (G.)**. « Les virtualités du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 154 : « On peut cependant renverser la perspective, en faisant du contrat d'adhésion le nouveau cadre théorique de référence, reléguant le contrat de gré à gré au rang de situation d'exception. Conforme à la réalité la plus courante de la pratique contractuelle, cette reconstruction conduirait à apprécier restrictivement les règles offrant aux parties une liberté contractuelle accrue. Elle s'inscrirait pleinement dans le phénomène de standardisation des rapports contractuels ».

¹²²⁸ **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, p. 5, n° 5.

¹²²⁹ **FERIEL (L.)**. « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », *art. préc.*, p. 30, n° 7.

de l'équilibre contractuel »¹²³⁰ et doit être cantonné à son rôle de contrepoids à l'unilatéralisme pour ne pas « immodérément entraver la liberté des contrats »¹²³¹. « Par un piquant paradoxe, écrivent les professeurs Deshayes, Genicon et Laithier, l'introduction de l'article 1171 devrait être l'acte inaugural d'un renouveau du droit commun des contrats véritable, renouant pleinement avec la libre autonomie, le respect des volontés et la responsabilité individuelle ». En ce sens, nous adhérons à l'idée selon laquelle « l'élan protecteur » du nouveau droit des contrats doit « s'arrêter à la frontière que marquent les dispositions nouvellement élaborées pour qu'il puisse s'y épanouir dans le périmètre tracé », c'est-à-dire celui du contrat d'adhésion, « de façon pleine et entière » et sans que cela ne « contamine » le régime classique du contrat de gré à gré¹²³².

Nous pouvons donc croire qu'il ne s'agit pas de restreindre la portée de la justice contractuelle, ni même de nier son potentiel d'amélioration du droit commun des contrats dans son ensemble. Il est simplement question de mobiliser ses effets pour combattre le déséquilibre d'une situation contractuelle singulière ; de concentrer ses retombées positives dans un contexte contractuel particulièrement sensible au besoin de justice contractuelle. Le contrat d'adhésion est une figure contractuelle à part entière qui emporte avec elle ses propres conséquences, et donc ses propres règles. Ces dernières appellent alors à une plus grande justice contractuelle, contrairement au régime du contrat de gré à gré. C'est au contact du contrat d'adhésion que le principe de justice contractuelle est le plus éclatant car c'est à travers le régime de cette notion qu'il s'exprime le mieux et, comme nous le verrons dans le dernier chapitre de cette première partie¹²³³, qu'il atteint son plein potentiel. Finalement, si le régime du contrat d'adhésion n'avait pas été adéquatement complété, quel aurait été l'intérêt pour la notion et quelle aurait été l'évolution de la justice contractuelle ? Cette dernière n'aurait pas connu une émancipation substantielle de son sens et le contrat d'adhésion serait demeuré une notion sans effet, une coquille vide de la réforme du droit des contrats.

¹²³⁰ **FERIEL (L.)**. « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », *art. préc.*, p. 29, n° 6.

¹²³¹ *Ibid.*, p. 31, n° 8.

¹²³² **DESHAYES (O.)**, **GENICON (T.)**, **LAITHIER (Y.-M.)**. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 354.

V. égal. **CAYOL (A.)**. « Interdiction des clauses réduisant la durée de la garantie de l'assureur : vers un régime juridique propre aux contrats d'adhésion ? », *Petites Affiches*, avr. 2016, n° 69, p. 14-15 ; **REVEY (T.)**. « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *art. préc.*, p. 1225-1226, n° 21.

¹²³³ V. *infra* n° 297.

205. Les questionnements quant à l'opportunité de l'article 1171. Bien que la limitation du champ d'application de l'article 1171 au seul contrat d'adhésion fut accueillie avec soulagement par la doctrine, une telle prise de position du législateur n'a toutefois pas manqué de soulever quelques questions. Certains auteurs se sont, en effet, interrogés sur l'opportunité d'avoir inséré une nouvelle règle luttant contre les clauses abusives au sein du droit commun¹²³⁴. Était-elle nécessaire alors qu'existent déjà les dispositifs du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence ? L'on comprend que la question qui se pose, ici, est celle de l'articulation de l'article 1171 avec ses homologues des droits spéciaux¹²³⁵, et de sa future interprétation¹²³⁶ : va-t-elle se calquer sur l'approche consumériste ou va-t-elle s'inspirer de l'interprétation du droit des pratiques restrictives de concurrence ? Qui plus est, ces mêmes auteurs, convaincus de la portée extrêmement limitée du déséquilibre significatif de droit commun, vont jusqu'à remettre en cause l'utilité de la nouvelle disposition. De fait, cette dernière ne s'appliquerait qu'aux contrats d'adhésion conclus entre particuliers et à quelques contrats conclus entre professionnels¹²³⁷. Encore faut-il que la définition du contrat d'adhésion puisse englober cette réalité contractuelle. Dès lors, l'introduction de cette disposition ne ferait que renforcer le caractère « fragile »¹²³⁸ du contrat d'adhésion. Au contraire, n'est-il pas possible d'y voir un enracinement de la notion de contrat d'adhésion ? Un renforcement de sa portée au sein du nouveau droit des contrats ? Nous pouvons penser que l'article 1171 du Code civil n'est pas la simple illustration d'un choix moderne fait par un législateur influencé par un effet de mode. Dans l'optique de parvenir à la meilleure application possible du principe de justice contractuelle, nous pensons qu'il est grand temps de revoir notre conception du

¹²³⁴ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *art. préc.*, p. 79 ; **LAITHIER (Y.-M.)**. « Dispositions relatives à la validité du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, op. cit.*, p. 35.

¹²³⁵ *Ibid.* ; **CHANTEPIE (G.)**, **LATINA (M.)**. *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris : Dalloz, 2016, p. 366, n° 444 ; **DESHAYES (O.)**, **GENICON (T.)**, **LAITHIER (Y.-M.)**. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, p. 342 et s. ; **HOUTCIEFF (D.)**. « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *art. préc.*, p. 65-66 ; **LATINA (M.)**. « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 21-22, n° 49.

¹²³⁶ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *art. préc.*, p. 81 ; **CHANTEPIE (G.)**, **LATINA (M.)**. *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 370, n° 447 ; **DISSAUX (N.)**, **JAMIN (C.)**. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire des articles 1100-1386-1 du Code civil, op. cit.*, p. 72 ; **MOUIAL BASSILANA (E.)**. « Abus de dépendance et clauses abusives », *art. préc.*, p. 62, n° 20.

¹²³⁷ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *art. préc.*, p. 80.

¹²³⁸ **HOUTCIEFF (D.)**. « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *art. préc.*, p. 65.

droit commun, de son rôle et de son articulation avec les droits spéciaux¹²³⁹. L'intérêt de l'article 1171 est loin d'être limité mais a, inversement, tout le potentiel pour déployer ses effets normatifs et atteindre l'objectif de justice contractuelle défini par le législateur.

206. Les modifications apportées par la loi de ratification à la définition du contrat d'adhésion telle que proposée en 2016 sont bienvenues et heureuses. La justice contractuelle nous invite à ne pas « compartimenter » notre réflexion, tant pour la définition du contrat d'adhésion que pour la détermination du domaine de l'article 1171. Ce dernier ne mérite pas d'être limité aux quelques contrats d'adhésion conclus entre particuliers ou professionnels mais doit avoir pour vocation de s'appliquer à tous les contrats d'adhésion. Afin que la justice contractuelle puisse rayonner de façon « cohérente » et efficace, il importe de lui donner la possibilité d'embrasser le plus de situation possible dès l'instant où son application se révèle être nécessaire. Nous verrons dans la deuxième partie de cette étude l'intérêt certain qu'il y a à décloisonner les concepts afin de faire valoir le potentiel du contrat d'adhésion, et de son régime, à consolider le principe de justice contractuelle¹²⁴⁰.

* * *

Conclusion de la section 1 :

207. S'il fallait qualifier le parcours du contrat d'adhésion parmi les différents avant-projets et projets de réforme du droit des contrats français, nous pourrions dire qu'il est extrêmement confus, parfois maladroit, pour ne pas dire chaotique. Il a, tout d'abord, connu des débuts difficiles en ne faisant que l'objet d'un traitement superficiel, voire inexistant, dans les avant-projets de réforme doctrinaux rédigés sous la houlette des professeurs Catala et Terré. Si le premier mentionnait son intérêt pratique et soulignait sa dimension pédagogique, le second n'en faisant aucun cas, le passant totalement sous silence. Puis, les projets de réforme proposés par la Chancellerie changèrent la donne en accordant une plus grande place à la notion de contrat d'adhésion. Cependant, à mesure que la justice contractuelle prenait une place importante en atteignant le rang de principe, le contrat d'adhésion n'accompagnait jamais ce mouvement et demeurait à l'écart. Cela fut encore le

¹²³⁹ V. *infra* n^{os} 463 et s.

¹²⁴⁰ V. *infra* n^{os} 490 et s.

cas dans la rédaction des projets de 2013 et 2015 qui jamais ne limitèrent le régime de protection des contractants les plus vulnérables au contrat d'adhésion. Dès lors, la future règle de droit commun qui avait pour ambition de lutter contre les clauses abusives dans tous les contrats créa un véritable tollé. L'ordonnance de 2016 rectifia le tir en assignant la lutte contre les clauses abusives au seul contrat d'adhésion. Ce dernier vit donc enfin son régime être complété, et le droit commun des contrats, et par extension la théorie générale des contrats, retrouva une certaine cohérence puisque le principe de justice contractuelle sera invité à s'exprimer pleinement au contact de la notion de contrat d'adhésion. Cependant, la relation entre le principe de justice contractuelle et le contrat d'adhésion ne peut prospérer que si l'on entend largement les termes de la définition de la notion et l'application de son régime.

*

*

*

Section 2 : Au Québec

208. Comme en France, la réforme du Code civil du Québec a été rendue urgente par le vieillissement du Code civil du Bas-Canada dont nous avons fait état précédemment¹²⁴¹. C'est ainsi qu'une dizaine d'années après la nomination du professeur Paul-André Crépeau à la tête de l'Office de Révision du Code civil, cet organisme publia son Projet de Code civil accompagné de nombreux rapports destinés à expliquer et justifier les choix qui avaient été faits. A ce stade du processus de réforme du Code civil, le Gouvernement québécois était peu impliqué dans les travaux et offrait simplement un soutien financier à l'Office¹²⁴². C'était avant de reprendre la main au début des années 1980. Ses responsabilités devinrent alors multiples et diversifiées, et la gestion du projet, lourde, notamment lorsqu'il fut décidé d'abandonner la politique de l'« étapisme »¹²⁴³ au profit d'une réforme en bloc du Code civil¹²⁴⁴. Aussi, le Gouvernement devait travailler à créer un esprit d'équipe entre les différents acteurs de la réforme, et veiller à le maintenir¹²⁴⁵. Qui plus est, il devait piloter des projets de réforme parallèles à celui du Code en collaborant avec les différents ministères concernés par le processus de recodification. En effet, la refonte du Code civil ne s'est pas faite en vase clos en ce que les modifications apportées au Code ont eu des conséquences, par exemple, sur la procédure civile¹²⁴⁶. Il fallait donc que le Gouvernement s'assure que les règles de procédure civile soient en harmonie avec les nouvelles dispositions du Code civil.

209. Sans toutefois chercher à bouleverser les fondements du droit civil¹²⁴⁷, et tout en s'efforçant de conserver l'intégrité du droit civil canadien et de rétablir son « unité

¹²⁴¹ V. *supra* n° 126.

¹²⁴² **PINEAU (J.)**. « La réforme d'un Code civil », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 268.

¹²⁴³ *Ibid.*, p. 245.

¹²⁴⁴ **COSSETTE (A.)**. « La réforme du Code civil : objet et méthode », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie, op. cit.*, p. 218-219 ; **LONGTIN (M.-J.)**. « La réforme du Code civil : la gestion d'un projet », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie, op. cit.*, p. 168 : l'« étapisme », c'est-à-dire la réforme et l'adoption par Livres du Code civil, avait été choisi pour concilier les réformes parcellaires avec le temps politique et législatif, rapide contrairement au temps juridique plus lent. En effet, plusieurs législatures et différents premiers ministres, d'appartenance politique variée, se sont succédés depuis le début du projet de réforme du Code civil. La difficulté était donc de maintenir une cohérence entre les Livres modifiés et accepter que la réforme dure dans le temps, ce qui commençait à poser problème. Les professions juridiques comme la société québécoise avaient besoin d'un Code moderne le plus rapidement possible.

¹²⁴⁵ **LONGTIN (M.-J.)**. *Ibid.*, p. 175.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 170.

¹²⁴⁷ **CREPEAU (P.-A.)**. « La réforme du Code civil du Québec », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1979, n° 2, p. 270.

organique »¹²⁴⁸, il était impératif de mettre les dispositions du « joyaux du patrimoine culturel québécois »¹²⁴⁹ au diapason de la société québécoise, de ses nouvelles valeurs et de ses évolutions¹²⁵⁰. C'est ainsi que la Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille du 19 décembre 1980 entérine l'égalité entre les époux et la liberté des personnes. Concernant le droit des obligations, qui nous intéresse ici, une plus grande place a été faite au principe de justice contractuelle qui vient tempérer une philosophie libérale devenue dangereuse dans certaines relations contractuelles. Quant au contrat d'adhésion, il connaîtra, comme de l'autre côté de l'Atlantique, des débuts difficiles pour ensuite se voir octroyer une place de choix au sein de la réforme.

210. Comme précédemment, nous procéderons de façon chronologique en étudiant, dans un premier temps, le projet présenté par l'Office de Révision du Code Civil en 1977 (§ 1), puis celui proposé par l'Assemblée Nationale du Québec en 1987 (§ 2) pour terminer par le projet final de 1991 (§ 3).

§ 1 : Le projet de réforme de l'Office de Révision du Code Civil de 1977

211. Le projet de l'Office de Révision du Code civil présenté en 1977 est le résultat d'années de travaux, débats et commentaires menés sous le mandat du professeur Paul-André Crépeau. Le projet final est, en fait, la restitution des nombreux Rapports dressés par les différents Comités qui ont composé l'Office de Révision du Code civil¹²⁵¹.

Fidèle à l'objectif qu'avait fixé le professeur Crépeau, à savoir adapter le Code civil à une société québécoise en pleine mutation, le Comité des obligations, dont le rapport a principalement retenu notre attention, n'a pas manqué de prendre en compte le besoin croissant de justice contractuelle (**A.**). Ceci dit, il ne semble pas qu'il ait jugé nécessaire d'intégrer explicitement la notion de contrat d'adhésion pour asseoir les bases de cette nouvelle philosophie contractuelle (**B.**).

¹²⁴⁸ CREPEAU (P.-A.). « La réforme du Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 271.

¹²⁴⁹ CREPEAU (P.-A.). « Les lendemains de la réforme du Code civil », *R. du B. Can.*, déc. 1981, vol. 59, n° 4, p. 637.

¹²⁵⁰ V. *supra* n° 125 ; DUSSAULT (R.). « Pourquoi un nouveau Code civil ? », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, p. 10.

¹²⁵¹ Pour une vision de la réforme du droit des contrats proposée par l'Office de Révision du Code civil, v. HAANAPPEL (P.P.C.). « Contract Law Reform in Quebec », *R. du B. Can.*, sept. 1982, vol. 60, n° 3, p. 401 et s.

A. La prise en compte de la justice contractuelle

212. *L'entrée progressive de la justice contractuelle.* Bien que les codificateurs n'aient pas eu pour objectif de bouleverser entièrement les dispositions du Code civil, reste qu'ils avaient tout de même pour dessein de mener à bien une réflexion « collective et profonde »¹²⁵² sur le fondement des institutions du droit privé québécois, et plus particulièrement ici le droit des contrats. Avec pour souhait de donner un nouveau souffle à ce Code dépassé, les codificateurs ont cherché à « s'ouvrir aux nouvelles valeurs sans se fermer à celles plus traditionnelles »¹²⁵³. C'est ainsi qu'aux côtés d'une liberté contractuelle maintenue et réaffirmée, a été établie une « certaine justice sociale »¹²⁵⁴. En effet, le projet de l'O.R.C.C. ne remet pas totalement en cause le principe de la liberté contractuelle dont la force ne se trouve affaiblie qu'à l'aune de certaines frontières¹²⁵⁵. Ces frontières sont toutefois fortifiées car ont un retentissement significatif sur la théorie du contrat¹²⁵⁶. Cette dernière, autrefois foncièrement libérale, se construit désormais autour du rétablissement de l'équilibre contractuel en faveur de la partie faible¹²⁵⁷. Si elle ne fait pas une entrée en force, la justice contractuelle connaît, du moins, une introduction remarquée et remarquable. Elle anime pleinement le projet de réforme du droit des contrats qui voit ses dispositions en faveur de la partie vulnérable être multipliées.

213. *L'innovation majeure du projet de 1977.* C'est tout d'abord l'introduction de la lésion, thème cher aux partisans de la justice contractuelle au Québec¹²⁵⁸, qui atteste d'un grand revirement¹²⁵⁹. L'on s'en souvient, les premiers codificateurs avaient opposé un refus net à l'intégration de la lésion au sept douzièmes dans le Code civil du Bas-Canada. Le comité de l'O.R.C.C. passe outre cette désapprobation ancestrale et va même plus loin

¹²⁵² CREPEAU (P.-A.). « Une certaine conception de la recodification », *art. préc.*, p. 51.

¹²⁵³ DUSSAULT (R.). « Pourquoi un nouveau Code civil ? », *art. préc.*, p. 10.

¹²⁵⁴ Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'ORCC, Montréal, 1975, p. 10.

¹²⁵⁵ TRUDEL (G.). « Des frontières à la liberté contractuelle », in *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Jean-Louis Baudouin*, POPOVICI (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1974, p. 217.

¹²⁵⁶ CREPEAU (P.-A.). « Les enjeux de la révision du Code civil », in *Les enjeux de la révision du Code civil*, POUPART (A.) (dir.), Montréal : Faculté de l'éducation permanente – Université de Montréal, 1979, p. 27 ; MACDONALD (R. A.). « Civil law – Quebec – New draft Code in Perspective », *R. du B. Can.*, mars 1980, vol. 58, n° 1, p. 200.

¹²⁵⁷ Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'ORCC, Montréal, 1975, p. 6.

¹²⁵⁸ V. *infra* n° 230.

¹²⁵⁹ L'introduction de la lésion au sein du Code civil a soulevé un vif débat parmi les auteurs québécois, aussi bien la doctrine que des professionnels, contrairement à la France où la problématique de la lésion a été rapidement résolue : il n'était pas question d'introduire la lésion au sein du Code civil français. V. CHANTEPIE (G.). « La lésion », in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : analyses et propositions*, LATINA (M.), CHANTEPIE (G.) (dir.), Paris : Dalloz, 2015, p. 50.

en consacrant la lésion subjective. L'article 38, alinéa 1^{er} du projet se lit donc comme suit : « La lésion vicie le consentement lorsque la disproportion entre les prestations du contrat est sérieuse et résulte de l'exploitation de l'une des parties ». Cette disposition a pour effet de sanctionner toute exploitation abusive de l'un des contractants, en l'occurrence le plus faible, par l'autre. Toutefois, le Comité a voulu faire preuve de prudence en limitant la portée de la lésion afin de sauvegarder le principe de stabilité des contrats. C'est ainsi qu'il précise que : « cet article a donc une portée limitée puisque la lésion ne résulte pas seulement de la disproportion entre les prestations (conception objective) mais aussi de l'exploitation de l'une des parties par l'autre (conception subjective) »¹²⁶⁰. La limite réside dans la preuve de l'exploitation qui n'est pas forcément évidente à rapporter. En effet, le contractant s'estimant victime de lésion devra prouver le caractère sérieux de la disproportion. Or, ce « caractère sérieux » sera apprécié par le juge qui aura certainement une interprétation, si ce n'est stricte, du moins rigoureuse de la disproportion. Qui plus est, l'article 38 du projet est accompagné de deux autres dispositions ayant pour même objectif de garantir la sécurité contractuelle. Tout d'abord, l'article 43¹²⁶¹ prévoit que, même en cas de lésion avérée, le juge peut choisir de maintenir le contrat à condition que le défendeur offre une réduction équitable de sa créance. Ensuite, l'article 44, alinéa 1^{er}¹²⁶² précise, quant à lui, que l'action fondée sur la lésion doit s'exercer dans un délai d'un an. Malgré ces diverses nuances, certains auteurs se sont réjouis de l'introduction imminente de la lésion au sein du futur droit des contrats québécois. La lésion, dont « l'absence [...] a trop longtemps blessé le sens de la justice et de l'équité des québécois »¹²⁶³, doit être appréciée comme une « soupape de sécurité »¹²⁶⁴ afin de donner à la justice « toutes les chances de se manifester »¹²⁶⁵ et de sanctionner la faute morale¹²⁶⁶ de celui qui aura profité de sa position dominante pour

¹²⁶⁰ Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'ORCC, Montréal, 1975, p. 76.

¹²⁶¹ Art. 43 du projet : « Le tribunal peut, en outre, dans le cas de lésion, maintenir le contrat dont la nullité est demandée, si le défendeur offre une réduction de sa créance ou un supplément monétaire jugé équitable ».

¹²⁶² Art. 44, al. 1^{er} du projet : « L'action fondée sur la lésion s'éteint un an après le jour où les obligations ont été exécutées ».

¹²⁶³ **MASSE (C.)**. « L'équité contractuelle », in *La nouvelle loi du Québec sur la protection du consommateur – projet de loi 72, Conférences Meredith*, Toronto : Richard de Boo Ltd, 1980, p. 62.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois, op. cit.*, p. 39 et s. : Comme le relève M. Massol, la notion de faute a une connotation morale. Néanmoins, si le sens grammatical de la notion de faute est particulièrement intéressant dans le traitement de la lésion-sanction, il ne peut éclipser le sens technico-juridique de ladite notion qui renvoie alors à la faute délictuelle. Ainsi, l'auteur juge qu'il n'est pas opportun de construire le mécanisme de la lésion-sanction sur la notion de faute. En revanche, il privilégie plutôt le principe de bonne foi dont la loyauté et la sincérité qui en découlent, imprègnent le contrat d'une certaine moralité.

abuser de la partie faible. Néanmoins, tous n'étaient pas de cet avis et certains auteurs se sont montrés peu favorables à l'introduction de la lésion au sein du droit des contrats québécois¹²⁶⁷. En effet, la disposition octroie un large pouvoir d'appréciation aux juges qui doivent, comme nous l'avons précédemment mentionné, évaluer le caractère sérieux de la disproportion. Or, l'intervention judiciaire est encore difficilement acceptable pour certains. Ceci dit, la doctrine s'est, dans l'ensemble, montrée favorable à l'introduction d'une telle notion¹²⁶⁸ malgré les quelques réserves qu'elle n'a pas manqué d'émettre. Elle a, par exemple, proposer d'alléger la charge de la preuve supportée par le contractant victime de lésion en la remplaçant par un partage de la preuve¹²⁶⁹. Elle a également suggéré de prévenir le risque d'arbitraire du juge en prenant en compte les circonstances entourant la conclusion du contrat pour caractériser le sérieux de la disproportion¹²⁷⁰.

214. Le prélude au régime du contrat d'adhésion. Fait suite à l'article 38, l'introduction d'une autre nouveauté : la lutte contre les clauses abusives. L'article 39 prévoit, dans son alinéa 1^{er}, que : « La clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible ». Cette mesure vise, encore une fois, à rétablir la justice contractuelle dans les contrats marqués par l'abus et le déséquilibre contractuel. L'on remarquera que le champ d'application de cet article est extrêmement large et concerne donc tous les contrats, qu'ils soient de gré à gré ou d'adhésion. Ceci dit, la portée très étendue de l'article 39 ne semble pas avoir retenu l'attention ni des professionnels, ni de la doctrine. Il en va de même de l'article 71 qui semble, en plus, être totalement passé inaperçu. Ce dernier distingue l'interprétation *contra stipulatorem* de l'interprétation *contra proferentem*, qu'il consacre. Cependant, lui aussi ne fait pas allusion au contrat d'adhésion mais uniquement aux « clauses rédigées par une seule des parties »¹²⁷¹. Même constat pour l'article 28 du projet qui traite de la question des clauses externes. Outre les dispositions phares que nous venons de rapporter, l'article 28 mérite d'être mentionné car se présente comme l'ancêtre de l'actuel

¹²⁶⁷ HELEINE (F.). « La lésion, vice de consentement ou objet survalorisé ? ». Disponible en ligne sur < [https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Green%20binders%20\(A-P\)/B_E_8.pdf](https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Green%20binders%20(A-P)/B_E_8.pdf) >.

¹²⁶⁸ JOBIN (P.-G.). « Les prochaines dispositions sur l'exploitation », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, p. 138 et s.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, p. 137.

¹²⁷⁰ COIPEL (M.). « Quelques réflexions sur le Titre 1 du Livre V du Projet de Code civil (spécialement en ce qui concerne la formation du contrat) », *R.J.T.*, 1979, n° 14, p. 447.

¹²⁷¹ Art. 71 du projet : « Le contrat s'interprète en faveur de la partie qui a assumé l'obligation. / Toutefois, les clauses rédigées par une seule des parties ou pour elle, s'interprètent en faveur de celle qui est appelée à y adhérer ».

A noter que le Rapport final présenté par l'O.R.C.C. abandonne la distinction entre l'interprétation *contra proferentem* et *contra stipulatorem* en retenant la formulation suivante à l'article 69 : « Toutefois, les clauses rédigées par une des parties ou pour elle s'interprètent en faveur de celle qui est appelée à y adhérer ».

article 1435¹²⁷² du Code civil du Québec composant le régime du contrat d'adhésion. L'article 28 du projet de 1977 dispose que : « La clause externe à laquelle un contrat renvoie lie les parties./ Toutefois, si cette clause n'est pas d'un usage courant, elle est présumée non écrite, à moins que la partie qui l'invoque ne prouve que son cocontractant en avait connaissance au moment de la formation du contrat. Cette disposition est d'ordre public ». Le Comité a fait le choix d'intégrer cette règle dans le projet afin de pallier aux abus présents dans certains types de contrats. Il fait alors référence aux contrats-types mais passe sous silence le contrat d'adhésion¹²⁷³.

215. Ce n'est pas faute pour le Comité de réforme du droit des obligations, d'avoir fait référence, à plusieurs reprises, au contrat d'adhésion dans son rapport. Seulement, la notion ne sera pas intégrée dans le projet de réforme de 1977.

B. La relative absence du contrat d'adhésion

216. *L'absence textuelle du contrat d'adhésion.* Le contrat d'adhésion est indubitablement le grand absent du projet de 1977. Son absence est d'autant plus visible que peu de cas en est fait par la doctrine ou les professions juridiques. Ce silence est d'autant plus assourdissant que le projet de l'O.R.C.C. est rédigé puis proposé concomitamment à la multiplication des articles de doctrine consacrés à cette notion et aux travaux préparatoires de la Loi sur la protection du consommateur¹²⁷⁴. Ainsi, le projet ne propose aucune définition du contrat d'adhésion et, comme nous l'avons déjà mentionné, ne limite pas le champ d'application de l'article 39 à ce dernier.

217. *La référence implicite au contrat d'adhésion.* Le contrat d'adhésion semble être, néanmoins, un moteur essentiel du projet. L'esprit qui l'anime et les innovations qu'il propose pour tendre à une plus grande justice contractuelle sont incontestablement marqués par cette réalité contractuelle. En veulent pour preuve les différents commentaires accompagnant les propositions du Comité qui atteste que : « l'expérience d'un peu plus d'un siècle a montré que, bien souvent, l'économiquement fort est en mesure, par le recours à

¹²⁷² Art. 1435 C.c.Q. : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties./ Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance ».

¹²⁷³ Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'ORCC, Montréal, 1975, p. 64.

¹²⁷⁴ V. *supra* n^{os} 142 et s. ; n^{os} 146 et s.

ce que Saleilles a appelé “le contrat d'adhésion”, de dicter ses conditions à l'économiquement faible et que, parfois, la seule liberté qui reste à ce dernier est un choix entre passer sous les fourches caudines du contractant ou se passer tout simplement de biens ou de services qui lui sont pourtant essentiels »¹²⁷⁵. Dès lors, « étant donné l'importance du rôle joué de nos jours par les contrats à contenu prédéterminé et les contrats d'adhésion, et devant la préoccupation des gouvernements de protéger le faible et le défavorisé dans les rapports contractuels, le Comité a jugé opportun de prévoir un train de mesures destinées à rétablir une certaine justice sociale dans ces rapports »¹²⁷⁶. C'est ainsi que le Comité a décidé d'introduire la lésion subjective, la lutte contre les clauses abusives, mais aussi l'interprétation *contra proferentem*. Il justifie l'insertion de la lésion en raison du constat selon lequel « il est devenu courant, dans la société moderne, de voir certains contrats servir d'instrument d'une véritable exploitation d'un contractant par l'autre »¹²⁷⁷, à cause de l'infériorité de l'une des parties que l'on retrouve notamment dans les contrats d'adhésion¹²⁷⁸. Il défend la consécration de l'interprétation *contra proferentem* à l'article 71 comme une règle d'équité destinée à protéger celui qui a adhéré au contrat d'adhésion¹²⁷⁹. Mais à aucun moment le Comité n'a fait le choix d'associer clairement dans l'écriture de ces dispositions la justice contractuelle et la notion de contrat d'adhésion.

218. Le contrat d'adhésion n'est donc pas ignoré mais n'est simplement pas mentionné, comme si son influence était évidente, ce qu'elle est très certainement. Cependant, nous croyons qu'une énonciation noire sur blanc aurait bien plus de poids qu'un sous-entendu. C'est le parti pris par l'Avant-projet de 1987, qui atteste un véritable retour en force du contrat d'adhésion.

§ 2 : L'Avant-projet de loi de 1987

219. Quelques années après le dépôt du Projet de Code civil de l'O.R.C.C., l'Assemblée Nationale du Québec pose la première pierre à l'élaboration du futur Code civil du Québec en adoptant, le 19 décembre 1980, la Loi instituant un nouveau Code civil et portant

¹²⁷⁵ Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'ORCC, Montréal, 1975, p. 4.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 76.

¹²⁷⁸ Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'ORCC, Montréal, 1975, p. 76 ; **JOBIN (P.-G.)**, « Les prochaines dispositions sur l'exploitation », *art. préc.*, p. 139.

¹²⁷⁹ Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'ORCC, Montréal, 1975, p. 114.

réforme du droit de la famille¹²⁸⁰. Désormais, et jusqu'en 1991, deux codes vont coexister sur le territoire québécois : le Code civil du Bas-Canada et le Code civil du Québec, dans sa partie relative au droit de la famille. Décidé à poursuivre la réforme du Code en un seul bloc, le Gouvernement québécois redouble d'efforts et dépose à la suite en 1986, 1987 et 1988, les Avant-projets de réforme du droit des sûretés, du droit des obligations, du droit de la preuve et du droit international privé.

C'est ainsi que le ministre de la Justice d'alors, Herbert Marx, dépose devant l'Assemblée Nationale, le 17 décembre 1987¹²⁸¹, l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations¹²⁸². S'inspirant grandement du projet proposé par l'O.R.C.C., mais sans le suivre « servilement »¹²⁸³, le Gouvernement va plus loin en renforçant la justice contractuelle (A.) et en prônant l'avènement du contrat d'adhésion (B.).

A. Le renforcement de la justice contractuelle

220. *L'entrée fracassante de la justice contractuelle.* Les discussions sur l'Avant-projet de loi de 1987 se sont ouvertes dans un climat de crainte et d'appréhension¹²⁸⁴, et le projet a fait l'objet de vives critiques aussi bien de la part des grands corps de métiers du Québec que de la doctrine. La cause : le souhait, fait par le Gouvernement québécois, d'un renforcement de la justice contractuelle qui tranche avec la philosophie libérale classique du contrat encore professée par beaucoup. L'importance accordée à la justice contractuelle apparaît dès le premier débat en Sous-commission des institutions de l'Assemblée Nationale du Québec le 25 octobre 1988. « C'est en s'appuyant sur les principes fondamentaux de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat, annonce le successeur d'Herbert Marx, Gil Rémillard, que nous avons conçu le nouveau droit des obligations pour établir un équilibre nouveau dans les rapports des parties contractantes de façon à favoriser une meilleure justice

¹²⁸⁰ GUY (M.). « Le Code civil du Québec : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », *R.D.U.S.*, 1993, vol. 23, n° 2, p. 470.

¹²⁸¹ Ass. Nat. Q., débats du 17 déc. 1987, *J. D.*, 17 déc. 1987, 33^e législature, 1^{ère} session, vol. 29, n° 159, p. 10832.

¹²⁸² Disponible sur < <http://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/guides/fr/le-code-civil-du-quebec-du-bas-canada-aujourd-hui/390-1987-avant-projet-de-loi?ref=136>>.

¹²⁸³ PINEAU (J.). « La réforme d'un Code civil », *art. préc.*, p. 241.

¹²⁸⁴ BAUDOIN (J.-L.). « Réflexions sur le processus de recodification du Code civil », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 817.

contractuelle »¹²⁸⁵. Une déclaration corroborée par l'allocution du porte-parole de l'opposition, M. Filion, qui affirme que : « le consensualisme, la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté, ces principes de rigueur qui ont servi de base aux rédacteurs de 1866 ne correspondent cependant peut-être plus, d'une façon aussi pleine, aujourd'hui à notre société, dans la mesure où ces principes contenaient d'éléments (*sic*) d'exclusivité »¹²⁸⁶. C'est ainsi que l'Avant-projet élève la bonne foi au rang de principe, consacre de nouveau la lésion subjective, entérine la lutte contre les clauses abusives et souhaite intégrer dans un titre III les règles particulières au contrat de consommation¹²⁸⁷.

221. Les principales mesures de la justice contractuelle. Contrairement au projet proposé par l'O.R.C.C., l'Avant-projet de loi prévoit à l'article 1419 que : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Malgré leurs sévères critiques à propos de la politique protectionniste adoptée par le rédacteur, aucun corps de métiers, ni aucun auteur de doctrine ne reviennent sur la consécration de ce principe. Les débats se sont plutôt cristallisés autour de l'introduction de la lésion à l'article 1449¹²⁸⁸. Ce dernier dispose que : « La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation./ La lésion ne peut être invoquée par une personne physique et seulement si l'obligation n'est pas contractée pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise ». La reconduction de cette disposition a été vivement critiquée¹²⁸⁹, voire carrément rejetée, notamment par les

¹²⁸⁵ Sous-commission des institutions, débats du 25 oct. 1988, *J. D.*, 25 oct. 1988, 33^e législature, 2^{ème} session, n° 1, p. 2.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹²⁸⁷ L'insertion des règles particulières au contrat de consommation a suscité la discussion quant à savoir s'il était opportun d'intégrer des règles si particulières au sein du siège du droit commun des contrats. Certains ont souligné l'effet amplificateur sur la philosophie déjà très protectionniste du nouveau droit des contrats tandis que d'autres, dans une perspective plus technique, ont craint les possibles recoupements entre les règles de droit commun et celles de droit spécial.

Pour l'insertion du titre III : **JOBIN (P.-G.)**. « Prospective générale », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 562 ; Mémoire de la Chambre de commerce du Québec, août 1988, p. 25.

Pour l'insertion du titre III avec réserve : **TANCELIN (M.)**. « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », *C. de D.*, déc. 1988, vol. 29, n° 4, p. 870 ; **MASSE (C.)**. « L'avant-projet de loi et la protection des consommateurs », *C. de D.*, déc. 1989, vol. 30, n° 4, p. 827.

Contre l'insertion du titre III : **JAUFFRET-SPINOSI (C.)**. « Une perspective de droit comparé », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 662 ; **NADEAU (R.)**. « Le point de vue du Barreau du Québec », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 652 ; Mémoire de l'Association des banquiers canadiens, août 1988, p. xiii ; Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec, oct. 1988, p. 54.

¹²⁸⁸ **GAUDET (S.)**. « L'illusion de la lésion : commentaires sur l'introduction en droit québécois de la lésion entre majeurs », *R.D.U.S.*, 1988, vol. 19, p. 15.

¹²⁸⁹ Mémoire de la Chambre de commerce du Québec, p. 5 et s.

professions les plus conservatrices¹²⁹⁰. Bien que défavorable à l'introduction d'une telle notion, le Barreau du Québec s'est tout de même montré relativement conciliant en proposant de maintenir la disposition à condition de faire supporter la charge de la preuve à celui qui s'estime victime de lésion¹²⁹¹. Peu de cas a été fait de l'article 1484 traitant des clauses abusives, et que nous étudierons plus bas lorsque nous examinerons le traitement réservé au contrat d'adhésion par l'Avant-projet de loi et l'accueil qui lui a été réservé. Toutefois, nous pouvons d'ores et déjà souligner que le renforcement de la justice contractuelle au sein de cet avant-projet passe également par la confection d'un régime spécial au contrat d'adhésion. De fait, tout en reprenant l'article alors suggéré par l'O.R.C.C. sur les clauses externes, le rédacteur québécois a clairement fait le choix d'associer toutes ces diverses dispositions au contrat d'adhésion.

222. La réception doctrinale. Une minorité d'auteurs a salué ces avancées et s'est déclarée satisfaite du renforcement de cette politique législative plus sociale, bien qu'ils aient regretté que le rédacteur ne soit pas allé plus en loin en consolidant la protection accordée aux professionnels qui se trouvent quelque peu exclus du projet¹²⁹². Le professeur Jobin affirme que, dorénavant : « l'image que projettera le Code civil dans la population sera modifiée : le droit privé sera, encore davantage, perçu comme un droit qui protège certaines catégories de personnes »¹²⁹³. Cela s'explique par le fait que : « le contrat ne sera plus un simple instrument pour l'échange de biens ou de services comme il l'était en 1866 ; le nouveau Code civil, poursuivant l'évolution que l'on connaît depuis quelques décennies, fera aussi du contrat un instrument de politiques législatives »¹²⁹⁴. Il ajoute que : « Nous arrivons au stade où le contrat ne reposera plus sur un seul principe fondamental, l'autonomie de la volonté, mais également sur d'autres principes, tels les droits fondamentaux de la personne, la protection du consentement, l'équité et la bonne foi, qui

¹²⁹⁰ Mémoire de l'Association des banquiers canadiens, p. vii ; Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec, p. 54.

¹²⁹¹ Mémoire du Barreau du Québec : commentaires article par article, p. 30-31.

¹²⁹² **PINEAU (J.)**. « Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 595 et s. ; **TANCELIN (M.)**. « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », *art. préc.*, p. 868.

Les professionnels, notamment les petites et moyennes entreprises, ne peuvent même pas faire appel à la lésion de l'article 1449 puisque ce dernier limite son champ d'application aux personnes physiques concluant un contrat dans le cadre de leur consommation personnelle. Cette limitation a été perçue comme un véritable échec par les défenseurs de la lésion.

¹²⁹³ **JOBIN (P.-G.)**. « Prospective générale », *art. préc.*, p. 577.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

se traduisent normalement par des règles d'ordre public »¹²⁹⁵. Cela n'a pas été sans déplaire à certains auteurs plus réservés sur cette évolution. Pour beaucoup, l'Avant-projet de loi donne lieu à une trop grande judiciarisation des relations contractuelles dans lesquelles les juges vont désormais pouvoir s'immiscer grâce à la multiplication des standards juridiques¹²⁹⁶. Les plus réfractaires craignent alors pour la liberté contractuelle qu'ils veulent voir être renforcée et protégée contre les probables intrusions des juges¹²⁹⁷. Cependant, ces craintes sont à nuancer car l'esprit libéral du droit des contrats n'a pas été balayé d'un revers de manche par le rédacteur québécois¹²⁹⁸. Comme en 1977, il ne s'agissait pas de faire table rase du passé et d'oblitérer les principes fondateurs du droit des contrats mais d'apporter des modifications de fond qui puissent correspondre aux besoins de la société québécoise de la fin du XX^e siècle.

223. La réception professionnelle. Pis que les auteurs de doctrine, les corps de métiers les plus réfractaires à l'Avant-projet de loi, à savoir la Chambre des notaires du Québec, le Barreau du Québec, dans une moindre mesure, mais aussi la Chambre de commerce du Québec et l'Association des banquiers canadiens, n'ont pas manqué de faire connaître leurs profondes craintes quant à la survie des principes de liberté et de stabilité contractuelles¹²⁹⁹. A leurs yeux, la liberté contractuelle « constitue la règle de base de notre droit et assure la sécurité des relations contractuelles dans notre société »¹³⁰⁰. Partant, et même si « l'avant-projet de loi sur les obligations maintient comme toile de fond la doctrine de l'autonomie de la volonté », il « rompt presque tous les liens avec [la] longue tradition civiliste », en favorisant « l'émergence d'une nouvelle philosophie des contrats basée sur la recherche de l'équité dans les relations contractuelles »¹³⁰¹. En suivant cette direction, le rédacteur québécois consacre une « nouvelle philosophie de justice contractuelle [qui] génère un

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ **BEAULNE (J.), CODERE (D.)**. « Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation », *C. de D.*, déc. 1989, vol. 30, n° 4, p. 851 et s. V. égal. **TANCELIN (M.)**. « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », *art. préc.*, p. 875.

Contra : **PINEAU (J.)**. « Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme », *art. préc.*, p. 593 : l'auteur n'est pas inquiet de la marge de manœuvre plus grande laissée aux tribunaux car a confiance dans leur prudence et leur bon sens.

¹²⁹⁷ **JAUFFRET-SPINOSI (C.)**. « Une perspective de droit comparé », *art. préc.*, p. 663 et s.

¹²⁹⁸ **TANCELIN (M.)**. « Les bases philosophiques de l'avant-projet de réforme de 1987 en matière de droit des obligations », *R.D.U.S.*, 1988, vol. 19, p. 7 ; **TANCELIN (M.)**. « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », *art. préc.*, p. 881 ; **JOBIN (P.-G.)**. « Prospective générale », *art. préc.*, p. 559.

¹²⁹⁹ Mémoire de l'Association des banquiers canadiens, p. vii ; Mémoire de la Chambre de commerce du Québec, p. 27 ; Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec, p. 20.

¹³⁰⁰ Mémoire de la Chambre de commerce du Québec, p. 6.

¹³⁰¹ Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec, p. 5.

nouveau droit qui est intimement lié au droit de la consommation et qui est fortement influencé par la *common law* »¹³⁰². En l'occurrence, l'Association des banquiers canadiens n'a pas hésité à qualifier le projet proposé de « droit paternaliste » de « mauvais aloi »¹³⁰³. De fait, les détracteurs de l'Avant-projet redoutent que la politique protectionniste souhaitée par le rédacteur, jouant au « grand frère »¹³⁰⁴, ne conduise à une déresponsabilisation des citoyens québécois qui, en cas d'abus contractuels, s'en remettraient automatiquement au juge¹³⁰⁵.

224. Dans le débat autour d'un projet qui se veut consensuel, la tension est tangible entre les défenseurs de la nouvelle philosophie du contrat et les nostalgiques de la tradition civiliste française et de l'ancien esprit du Code civil du Bas-Canada. Étrangement, cette tension sera moins vive concernant l'insertion du contrat d'adhésion au sein de l'Avant-projet de loi.

B. Le retour en force du contrat d'adhésion

225. *L'entrée sereine du contrat d'adhésion.* Nous aurions pu anticiper des débats houleux concernant l'introduction du contrat d'adhésion au sein de l'Avant-projet de loi de 1987. Contre toute attente, son insertion à l'article 1423 et son association aux articles 1482¹³⁰⁶, 1483¹³⁰⁷ et 1484¹³⁰⁸ ont loin d'avoir été décriées. Au contraire, le contrat d'adhésion compte parmi les dispositions qui font du nouveau Code civil du Québec un

¹³⁰² Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec, p. 6.

¹³⁰³ Sous-commission des institutions, débats du 25 oct. 1988, *J. D.*, 25 oct. 1988, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁰⁴ Mémoire du Barreau du Québec, p. vi.

¹³⁰⁵ **BEAULNE (J.), CODERE (D.)**. « Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation », *art. préc.*, p. 851 ; Mémoire de la Chambre de commerce du Québec, p. 8 ; Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec, p. 9.

La Chambre des Notaires du Québec s'inquiète également de l'accès à la justice pour les citoyens québécois. En effet, alors que le législateur propose des mesures destinées à solliciter les juges, pouvons-nous être assurés que tous les citoyens québécois auront un accès égal à la justice ? Que la machine judiciaire ne sera pas trop longue et couteuse ? (p. 10-11).

¹³⁰⁶ Art. 1482 de l'Avant-projet : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties./ Toutefois, dans un contrat d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que l'adhérent en avait connaissance à cette époque ou que cette clause était d'un usage courant ».

¹³⁰⁷ Art. 1483 de l'Avant-projet : « La clause d'un contrat d'adhésion, rédigée de manière ou en termes tels qu'elle est illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable, est nulle si la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve l'avoir expressément portée à l'attention de l'adhérent et lui avoir donné des explications suffisantes sur sa nature et son étendue ».

¹³⁰⁸ Art. 1484 de l'Avant-projet : « La clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en naît, réductible./ Est abusive toute clause qui, dans l'exécution du contrat, désavantage l'une des parties de manière excessive et déraisonnable ou la prive de ses attentes légitimes, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; est présumée l'être celle qui est si éloignée des obligations essentielles qui découlent normalement de la nature du contrat ou de sa réglementation légale qu'elle dénature celui-ci ».

code moderne et actuel¹³⁰⁹, si bien que son introduction a été saluée. Les débats en Sous-commission des institutions font état d'une bonne réception de la notion et de son régime par les différentes professions ayant participé à la consultation publique¹³¹⁰. Cela est particulièrement vrai pour l'Association des consommateurs du Canada (Québec) qui « constate avec satisfaction que l'article 1423 parle des contrats d'adhésion »¹³¹¹. Selon cette association, « il fallait évidemment qu'elle [la notion de contrat d'adhésion] soit introduite, parce qu'on a fait découler de cette notion des conséquences juridiques où les clauses externes sont, en principe, nulles [...]. Ce sont de bonnes dispositions, renchérit l'association, on est entièrement d'accord avec celles-ci »¹³¹². Ceci dit, son introduction ne s'est pas non plus faite sans accroc. Pour la Chambre de commerce du Québec, le contrat d'adhésion s'avère être une « boîte de Pandore », participant à la judiciarisation des relations contractuelles¹³¹³. Aux yeux du Bureau d'assurance du Canada, le contrat d'adhésion est avant tout une « notion jurisprudentielle », une « question de marketing », mais surtout une notion « toute croche »¹³¹⁴...

226. Les immanquables incertitudes du contrat d'adhésion. Il faut reconnaître que définir le contrat d'adhésion n'est pas chose aisée. La première difficulté réside donc à l'article 1423. Ce dernier dispose que : « Le contrat est de gré à gré lorsqu'il a été négocié entre les parties et que les stipulations qu'il comporte résultent de concessions réciproques librement consenties./ Il est d'adhésion lorsque les stipulations ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles n'en peuvent être librement discutées ». Jugée raisonnable par la Chambre des notaires du Québec¹³¹⁵, la définition du contrat d'adhésion a fait l'objet d'une proposition de modification par le Barreau du Québec. Ce dernier suggère, en effet, de la simplifier en recommandant la formulation suivante : « Le contrat est d'adhésion lorsque toutes ses stipulations sont imposées par l'une des parties, rédigées par elle, et que l'autre n'a le choix

¹³⁰⁹ JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Une perspective de droit comparé », *art. préc.*, p. 671.

¹³¹⁰ Sous-commission des institutions, débats du 26 oct. 1988, *J. D.*, 26 oct. 1988, 33^e législature, 2^{ème} session, vol. 30, n° 2, p. 73 ; Sous-commission des institutions, débats du 27 oct. 1988, *J. D.*, 27 oct. 1988, 33^e législature, 2^{ème} session, vol. 30, n° 3, p. 141.

¹³¹¹ Sous-commission des institutions, débats du 1^{er} nov. 1988, *J. D.*, 1^{er} nov. 1988, 33^e législature, 2^{ème} session, vol. 30, n° 4, p. 165.

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ Sous-commission des institutions, débats du 25 oct. 1988, *J. D.*, 25 oct. 1988, p. 9.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 53 et 58.

¹³¹⁵ Commentaires article par article de la Chambre des Notaires du Québec (Partie 2), p. 4.

que d'y adhérer aux conditions stipulées »¹³¹⁶. Cette expression permettrait d'insister sur l'idée d'offre générale qui rendrait possible l'exclusion, de cette catégorie, des contrats conclus entre particuliers.

La seconde difficulté a trait au régime du contrat d'adhésion. Deux points de vue s'opposent, reflètent des deux tendances philosophiques précédemment observées. Aux yeux du professeur Jobin, la limitation du champ d'application des articles 1483 et 1484 (le premier traitant de la clause illisible et incompréhensible, le second, des clauses abusives) au seul contrat d'adhésion diminue l'efficacité de ces règles si bien qu'il faudrait supprimer toute référence au contrat d'adhésion¹³¹⁷. Selon l'Association des banquiers canadiens, au contraire, il faudrait carrément supprimer ces dispositions¹³¹⁸. Il en va de même pour la Chambre des notaires du Québec qui demande à ce que soit supprimé l'article 1484¹³¹⁹. Cependant, d'aucun ne réclame haut et fort la suppression de l'article 1423. En proposant l'élimination de toute référence au contrat d'adhésion, voire la disparition des articles 1483 et 1484, la notion de contrat d'adhésion ne serait assortie d'aucun régime. Par conséquent, sa portée serait extrêmement limitée. Reste l'article 1477 qui, à l'instar du projet de l'O.R.C.C., prévoit une règle d'interprétation spécifique au contrat d'adhésion. C'est ainsi qu'il dispose que : « Dans le doute, le contrat s'interprète toujours en faveur du débiteur et contre le créancier de l'obligation, à moins que celui-ci n'ait été appelé à adhérer au contrat ». Cette règle n'a pas suscité de réaction particulière parmi les commentateurs, universitaires ou professionnels, de l'Avant-projet. Elle a toutefois le mérite d'avoir été reprise par le rédacteur car elle complète parfaitement le régime du contrat d'adhésion.

Ces différentes réactions, qu'elles aient été positives ou négatives furent entendues par l'ancien ministre de la Justice. Ce dernier s'employa, dans la rédaction du projet de loi 125, à y répondre en essayant de trouver le meilleur équilibre possible entre les revendications libérales et les souhaits de justice contractuelle.

¹³¹⁶ Mémoire du Barreau du Québec : commentaires article par article, p. 10-11.

¹³¹⁷ **JOBIN (P.-G.)**. « Prospective générale », *art. préc.*, p. 574.

¹³¹⁸ Mémoire de l'Association des banquiers canadiens, p. vii.

¹³¹⁹ Commentaires article par article de la Chambre des Notaires du Québec (Partie 2), p. 18.

§ 3 : Le projet de loi 125 de 1990

227. Déposé devant l'Assemblée Nationale du Québec le 18 décembre 1990, le projet de loi 125 fut adopté, à l'unanimité, un an plus tard, soit le 18 décembre 1991. Il faudra attendre encore une année pour que la loi sur l'application de la réforme du Code civil nouveau Code entre en vigueur, le 18 décembre 1992.

Comparé à l'Avant-projet de 1987, le texte proposé au vote des députés n'a pas drastiquement changé et la plupart des propositions qui avaient alors été présentées ont été reconduites. Il y a toutefois eu certaines modifications sur des points fondamentaux à savoir la lésion et le droit de la consommation. Aussi, ce sont les critiques qui se sont faites plus virulentes, notamment de la part de la Chambre des notaires. *A contrario*, le Barreau du Québec s'est montré plus réceptif à cette nouvelle facture du projet de réforme bien qu'il ait fait part de certaines réticences. C'est encore une fois la philosophie – ou devrait-on dire politique ? – contractuelle qui a exalté les objections des deux ordres professionnels. C'est pourquoi l'idéal de justice contractuelle poursuivi par l'Avant-projet de 1987 fut tempéré par le projet de loi 125 (A.) tandis que le contrat d'adhésion, et son régime, ont finalement conduit à un consensus après avoir été mis en sursis (B.).

A. La confirmation d'une justice contractuelle tempérée

228. *Les réticences du Barreau et le tollé de la Chambre des notaires.* La grande difficulté à laquelle fut confronté le ministre de la Justice de l'époque, Gil Rémillard, dans la gestion du projet de loi 125 a été la réaction toujours mitigée des deux ordres professionnels que sont le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Le Barreau s'est toutefois montré plus raisonnable et conciliant que la Chambre des notaires. Il juge que le projet de loi proposé est plus convaincant et de meilleure facture que l'Avant-projet précédent¹³²⁰. Ceci dit, il reste perplexe face à un style encore très proche de celui de la *common law*¹³²¹ (multiples définitions, articles très détaillés, usage de standards) et s'inquiète toujours de l'insertion de la lésion au sein du Code, et de ses potentiels effets indésirables sur la stabilité contractuelle¹³²². Le Barreau est également soucieux de voir le

¹³²⁰ NADEAU (R.). « Les obligations », in *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal : Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1991, p. 34.

¹³²¹ *Ibid.*, p. 29.

¹³²² *Ibid.*, p. 31.

projet être porté par un homme politique, bien que ce dernier fût également juriste. En effet, il estime qu'une telle réforme, portant sur une loi ayant une telle ampleur et une si grande portée, ne devrait pas être défendue par un « législateur politique » mais « juridique »¹³²³, sans quoi le projet prendrait une teinte trop partisane.

Cette inquiétude est partagée par la Chambre des notaires dont la critique à l'encontre du projet de loi est, cependant, plus véhémement. De fait, la Chambre est en total désaccord avec le projet qu'elle trouve encore trop axé sur la judiciarisation des relations contractuelles. Craignant pour son monopole de l'acte authentique¹³²⁴, la Chambre des notaires mène une véritable croisade publicitaire auprès de la population québécoise dans le but de discréditer le projet¹³²⁵. Dans les journaux, sur les ondes de radio ou à la télévision, les notaires alertent les citoyens québécois sur « l'américanisation des Canadiens » en dénonçant une « judiciarisation à l'américaine »¹³²⁶ et en prônant, au contraire, la médiation et le non-recours au juge au cœur de leur campagne « Le droit de s'entendre »¹³²⁷. Inquiète de la multiplication des prérogatives accordées aux avocats¹³²⁸, la Chambre des notaires prend également conscience qu'elle est une institution à bout de souffle qui a des difficultés à se moderniser et à tenir son rôle au côté d'un ordre professionnel qui monte en puissance, le Barreau du Québec.

229. La stratégie du ministre. C'est dans une ambiance tendue et sur fond de continuelles représailles lancées entre le Barreau et la Chambre des notaires que le ministre se doit de défendre son projet. Il dût se montrer « fin stratège »¹³²⁹ afin d'apaiser les inquiétudes et calmer les tensions. À défaut, sans le soutien de ces deux ordres professionnels, les chances d'adoption du projet étaient extrêmement minces. C'est ainsi que le ministre entreprend de rechercher un consensus en créant le Comité aviseur sur la politique législative du nouveau Code civil¹³³⁰. Ce Comité est composé d'un notaire, d'un

¹³²³ PARENT (S.). « Le Barreau du Québec et la réforme du Code civil », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, op. cit., p. 435.

¹³²⁴ LAFLAMME (L.). « La Chambre des notaires du Québec et la réforme du Code civil », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, op. cit., p. 403.

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 410-412.

¹³²⁶ REMILLARD (G.). « Le nouveau Code civil : un véritable contrat social », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, op. cit., p. 302.

¹³²⁷ LAFLAMME (L.). *Ibid.*, p. 410.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 403.

¹³²⁹ PINEAU (J.). « La réforme d'un Code civil », art. préc., p. 269.

¹³³⁰ BAUDOIN (J.-L.). « Le Comité aviseur sur la politique législative du Nouveau Code civil », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, op. cit., p. 324.

avocat, d'un professeur de droit et d'un magistrat, en l'occurrence le juge Baudouin, dont la présence rassura immédiatement les professionnels du droit¹³³¹. Tout d'abord, le Comité suggère au ministre d'établir des commentaires, qui allaient devenir les « Commentaires du Ministre »¹³³², de tous les articles proposés au vote¹³³³. A l'image des annotations qui accompagnaient les articles du Code civil du Bas-Canada, ces commentaires, particulièrement attendus¹³³⁴, devaient avoir pour objectif de clarifier les intentions du législateur et, à terme, de servir de guide d'interprétation aux futurs juges qui allaient appliquer les nouvelles dispositions du Code civil. A brève échéance, ces commentaires devaient surtout avoir pour ambition de sécuriser le soutien des ordres professionnels. Hormis ces recommandations, le Comité a pour principale mission de trancher les problématiques persistantes de la réforme, tant sur le fond que sur la forme¹³³⁵.

230. Le refus indirect d'intégration de la lésion. Dès lors, c'est sur le conseil du Comité aviseur que le ministre de la Justice décide de limiter le champ d'application de la lésion aux seuls mineurs et majeurs incapables. En effet, le Comité suggéra de ne pas l'intégrer en bloc pour, d'une part, apaiser les controverses du monde professionnel¹³³⁶, et d'autre part, éviter toute instabilité contractuelle que le Comité craignait¹³³⁷. C'est ainsi que le ministre, tout en maintenant l'article 1406¹³³⁸, justifie l'intégration de l'article 1405 du Code civil du Québec en précisant dans ses Commentaires que : « l'extension du domaine de la lésion, non circonscrite à des cas spécifiques, paraissait susceptible de compromettre la stabilité de l'ordre contractuel, d'engendrer éventuellement certains abus et de diminuer dans une certaine mesure le sens des responsabilités des citoyens »¹³³⁹. La doctrine

¹³³¹ PARENT (S.). « Le Barreau du Québec et la réforme du Code civil », *art. préc.*, p. 437.

¹³³² JUTRAS (D.). « Le ministre et le Code – essai sur les Commentaires », in *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1997, p. 451 : dans cet article, l'auteur s'intéresse à la nature des Commentaires compilés par le « père putatif » de ces derniers, le ministre de la Justice. Il se penche également sur la valeur qu'il faut leur accorder et s'interroge sur leur portée. Outre son rôle explicatif et son statut de guide pour l'interprétation des dispositions du Code, l'auteur conclut que les Commentaires ont également une portée symbolique et idéologique en ce sens qu'ils dressent le portrait de la société québécoise moderne.

¹³³³ BAUDOIN (J.-L.). *Ibid.*, p. 334.

¹³³⁴ NORMAND (S.). « De la nécessité de commentaires officiels au Code civil du Québec », *R. du B.*, 1991, vol. 51, n° 1, p. 288.

¹³³⁵ BAUDOIN (J.-L.). *Ibid.*, p. 321.

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 329-330.

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ Art. 1406, al. 1^{er} C.c.Q. : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation ».

¹³³⁹ *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, Le Code civil du Québec*, Québec : Les publications du Québec, 1993, p. 853 ; REMILLARD (G.). « Présentation du projet de Code civil du Québec », *R.G.D.*, 1991, vol. 22, n° 1, p. 26.

québécoise en éprouvera une profonde consternation. L'adoption du Code civil du Québec sonne le glas de la lésion généralisée et anéantit tout espoir d'une promotion active de la justice contractuelle – entendue dans le sens large. Les auteurs s'interrogent : « comment peut-on, d'une main, imposer la bonne foi dans la formation du contrat, et, de l'autre, refuser de sanctionner un contrat qui a été conclu dans l'exploitation d'une partie ? »¹³⁴⁰ ; « Comment, dès lors, pouvait-on, à la fois, consacrer explicitement le principe fondamental de la bonne foi et la sanction de l'abus de droit, notamment, en matière contractuelle, et n'en reconnaître l'application, en matière de lésion mixte, – pourtant présentée comme un “concept d'application générale” – que dans “les cas expressément prévus par la loi” ? »¹³⁴¹. Pour la majorité des auteurs québécois, c'est un « véritable échec »¹³⁴², une réelle déception¹³⁴³, une incohérence législative certaine¹³⁴⁴, mais surtout un rendez-vous manqué avec une « nouvelle moralité contractuelle plus saine »¹³⁴⁵ et un nouveau droit des contrats réellement plus moderne¹³⁴⁶.

Pourquoi un tel engouement pour la lésion ? Parce qu'elle est une notion au cœur des divergences idéologiques, véritable fenêtre ouverte sur le débat d'idées – libéralisme individuel *versus* justice contractuelle – qui anime et donne le ton au droit des contrats¹³⁴⁷. Aux dépens du contrat d'adhésion, la lésion a très vite été perçue comme l'instrument de protection idéal de la partie faible et le véhicule parfait d'une plus grande justice contractuelle. Cette conviction est d'autant plus palpable que la lésion apparaît comme le nerf de la « nouvelle moralité contractuelle ». Etudiant le droit québécois, le professeur Chantepie constate que : « le fondement retenu pour la lésion entre majeurs particip[e] autant de la volonté de protéger les contractants les plus faibles, que d'une nouvelle morale

¹³⁴⁰ **JOBIN (P.-G.)**. « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil du Québec », *RTD civ.*, oct.-déc. 2004, n° 4, p. 698.

¹³⁴¹ **CREPEAU (P.-A.)**. « Pour un droit commun de la lésion mixte entre majeurs », in *Mélanges Roger Comtois*, Montréal : Ed. Thémis, 2007, p. 269.

¹³⁴² **JOBIN (P.-G.)**. *Ibid.*, p. 698.

¹³⁴³ **CHARPENTIER (E.)**. « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle : l'exemple de la lésion en droit québécois », *R. du N.*, sept. 2008, vol. 110, n° 2, p. 561.

¹³⁴⁴ **CREPEAU (P.-A.)**. « Pour un droit commun de la lésion mixte entre majeurs », *art. préc.*, p. 270 ; **GREGOIRE (M.A.)**. « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois ? », *C. de D.*, juin 2009, vol. 50, n° 2, p. 302 et 321.

¹³⁴⁵ **GREGOIRE (M.A.)**. *Ibid.*, p. 323 ; **CREPEAU (P.-A.)**. *Ibid.*

¹³⁴⁶ **JOBIN (P.-G.)**. « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : quelle modernité ? », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2000, vol. 52, n° 1, p. 56 et s.

¹³⁴⁷ **CHARPENTIER (E.)**. « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle : l'exemple de la lésion en droit québécois », *art. préc.*, p. 548 et s. ; **WILSON (K.)**. « Alive and Kicking – The Story of Lesion and the *Civil Code of Québec* », *C. de D.*, juin 2010, vol. 51, n° 2, p. 464.

contractuelle »¹³⁴⁸ car le régime défendu, « d'inspiration morale », est « attiré par la prise en compte accrue de la personne du contractant à travers le refus de l'exploitation »¹³⁴⁹. Qui plus est, la lésion touche à l'essence même du contrat – l'échange – ainsi qu'à l'une de ses caractéristiques vitales – la stabilité de la relation contractuelle. Admettre la lésion, c'est reconnaître que le contrat n'est pas – ou plus – le garant de l'équilibre contractuel, dans tous les sens du terme¹³⁵⁰, et ainsi permettre au juge de s'immiscer dans la relation contractuelle. Intégrer la lésion au sein du droit commun des contrats, c'est sous-entendre la portée que le rédacteur est prêt à accorder à la justice contractuelle au détriment de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. En l'occurrence, le rédacteur québécois a choisi de favoriser la stabilité contractuelle¹³⁵¹. Au détriment de la moralité, il a essayé de trouver un équilibre entre des valeurs différentes, voire opposées, sacrifiant la lésion « sur l'autel de la liberté contractuelle »¹³⁵² qui devient plutôt « le symbole du glissement insensible, mais réel, d'une solution innovante à un compromis conservateur »¹³⁵³. L'incohérence législative relevée par certains auteurs est d'autant plus flagrante que le législateur québécois a fait le choix « de reconnaître de manière générale les contrats de consommation et surtout d'adhésion »¹³⁵⁴. Cette reconnaissance participe, sans aucun doute, à la modernisation du droit des contrats québécois. En conséquence, la contradiction est « encore plus grave et plus difficile à justifier lorsqu'une telle lésion se produit dans une relation ne pouvant que donner lieu à un contrat d'adhésion »¹³⁵⁵.

231. Le refus d'intégration des lois consuméristes. Quant aux dispositions de la Loi sur la protection du consommateur, le Comité conseilla au ministre de ne pas les intégrer au sein du Code civil car certaines des dispositions de cette matière, de nature pénale ou administrative, ne coïncident pas avec l'esprit du Code¹³⁵⁶. Qui plus est, il était certainement plus intéressant de maintenir la L.P.C. telle qu'elle, c'est-à-dire comme une loi

¹³⁴⁸ **CHANTEPIE (G.)**. *La lésion*, préf. VINEY (G.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2006, p. 450, n° 713.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 453, n° 720.

¹³⁵⁰ V. *infra* n°s 295 et s.

¹³⁵¹ **JOBIN (P.-G.)**. « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », in *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1997, p. 427 et s. ; **CREPEAU (P.-A.)**. « Pour un droit commun de la lésion mixte entre majeurs », *art. préc.*, p. 236 et 270.

¹³⁵² **MOORE (B.)**. « Les clauses abusives : dix ans après », *R. du B.*, 2003, vol. 63, n° 1, p. 63.

¹³⁵³ **CHANTEPIE (G.)**. *La lésion, op. cit.*, p. 449, n° 711.

¹³⁵⁴ **GREGOIRE (M.A.)**. « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois ? », *art. préc.*, p. 320.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, p. 322.

¹³⁵⁶ **BAUDOIN (J.-L.)**. « Le Comité aviseur sur la politique législative du Nouveau Code civil », *art. préc.*, p. 330.

particulière, afin de conserver sa spécificité, sa cohérence mais surtout sa souplesse¹³⁵⁷. « Il ne fait pas de doute, écrit le professeur Masse, qu'un Code civil et une législation fondamentale en matière de protection des consommateurs sont des instruments interdépendants et complémentaires »¹³⁵⁸. Cependant, l'auteur ajoute qu' : « il faut bien voir qu'un Code civil et une loi générale de protection des consommateurs remplissent des rôles et répondent à des objectifs différents [...] »¹³⁵⁹. Toutefois, et pour « accentuer les liens entre cette partie importante du droit civil contenue dans des lois sectorielles et le Code civil »¹³⁶⁰, le rédacteur a jugé bon d'insérer l'article 1384¹³⁶¹ qui donne une large définition du contrat de consommation¹³⁶² et qui suit le régime du contrat d'adhésion car la majorité des contrats de consommation revêtent également la qualification de contrat d'adhésion. Si la présence de cette définition au sein du Code civil du Québec soulèvera bon nombre d'interrogations au sein de la doctrine quant à l'autonomie du droit québécois de la consommation¹³⁶³, le professeur Pineau se réjouit d'une telle intégration qu'il estime totalement justifiée¹³⁶⁴. L'article 1384 présente une définition plus large du consommateur ce qui permet d'étendre la protection accordée par le droit de la consommation à d'autres consommateurs qui étaient, jusqu'alors, exclus¹³⁶⁵. Qui plus est, cette protection est étendue en ce que l'article 1384 suit le régime du contrat d'adhésion. Aussi, l'insertion de cette disposition permet de ramener la L.P.C. dans le giron du droit commun des contrats sans

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ **MASSE (C.)**. « Les liens entre la Loi sur la protection du consommateur et le Code civil du Québec », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, *op. cit.*, p. 396.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 397.

¹³⁶⁰ *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, Le Code civil du Québec, op. cit.*, p. 839.

¹³⁶¹ Sous-commission des institutions, 18 sept. 1991, *J. D.*, 18 sept. 1991, 34^e législature, 1^{re} session, n° 11, p. 481 (art. 1381 dans le projet de loi 125).

¹³⁶² Art. 1384 C.c.Q. : « Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite ».

La définition du contrat de consommation se différencie de celle donnée du contrat d'adhésion en ce qu'elle ne se concentre pas sur le type d'acte passé, mais sur sa finalité. La définition du contrat de consommation, et plus généralement le droit de la consommation, s'intéresse très spécifiquement à la qualité du contractant et à la finalité de l'acte poursuivi, c'est-à-dire une opération – l'achat, ou le louage, d'un bien ou d'un service – destinée à satisfaire des besoins de consommation personnels. En ce sens, v. **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 49 : « Ainsi donc, le type de contrat passé n'y fait rien. Ce qui importe pour intéresser le droit de la consommation, c'est la personnalité du contractant, son statut » mais aussi ses « fins de consommation personnelle ».

¹³⁶³ V. *infra* n° 485.

¹³⁶⁴ **PINEAU (J.)**. « Théorie des obligations », in *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*, vol. 2, Québec : PUL, 1993, p. 33, n° 15.

¹³⁶⁵ *Ibid.*

l'intégrer totalement¹³⁶⁶. Finalement, malgré le rejet de l'extension de la lésion et la non-intégration de la L.P.C. au sein du Code, la nouvelle philosophie contractuelle est parfaitement intégrée au sein du projet de loi 125.

232. *Les fondations du nouveau « contrat social ».* Dans son allocution prononcée le 4 juin 1991 à l'occasion de la présentation du projet de loi 125 devant l'Assemblée Nationale du Québec, le ministre de la Justice commence par rappeler qu' : « un Code civil reflète d'abord et avant tout toute la vision qu'une société a d'elle-même et ce qu'elle veut être. Il prend et donne à la fois la couleur de la société qu'il oriente et reflète. Il est l'expression d'une conception de la justice et d'un ensemble de valeurs fondamentales telles qu'elles sont comprises et vécues au jour le jour par chaque membre de notre société »¹³⁶⁷. Le ministre prend donc acte de toutes les évolutions qu'avait connues la société québécoise dans ses rapports à la justice, à la liberté et à la personne. Dès lors, un sens nouveau fut attribué au contrat social qui, désormais, ne régit plus seulement les relations entre les individus mais devient un contrat « sur lequel les rapports et contrats particuliers acceptent de se modeler en fonction d'une recherche d'un plus juste équilibre »¹³⁶⁸. Cette recherche d'un « plus juste équilibre » est notamment devenue le fer de lance du nouveau droit des obligations dont les dispositions, en plus de veiller à la stabilité contractuelle, qui demeure une ambition fondamentale de cette matière, visent également à « favoriser une meilleure justice »¹³⁶⁹. Les propos du ministre sont sans équivoque : « Ainsi, aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou, en l'absence d'un intérêt sérieux et légitime, de manière à lui porter préjudice. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction »¹³⁷⁰.

Une telle prééminence de la bonne foi explique l'insertion de l'article 1375 qui reprend mot pour mot la citation du ministre¹³⁷¹. De droit nouveau, cet article « rappelle dans le domaine propre au droit des obligations, l'application d'un principe fondamental de notre droit déjà énoncé à l'article 6¹³⁷², à propos de l'exercice des droits civils : celui de la

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 32, n° 15.

¹³⁶⁷ Ass. Nat. Q., 4 juin 1991, *J. D.*, 4 juin 1991, 34^e législature, 1^{ère} session, vol. 31, n° 133, p. 8761.

¹³⁶⁸ Ass. Nat. Q., 4 juin 1991, *J. D.*, 4 juin 1991, 34^e législature, 1^{ère} session, vol. 31, n° 133, p. 8761.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 8769.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ Art. 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ».

¹³⁷² Art. 6 C.c.Q. : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi ».

bonne foi, qui doit présider en tout temps les actes et relations juridiques »¹³⁷³. Cette notion, « équivalent juridique de la bonne volonté morale et intimement liée à l'application de l'équité »¹³⁷⁴, est essentielle en ce qu'elle renvoie aux « notions fondamentales de justice »¹³⁷⁵. Elle irrigue l'ensemble du droit des contrats, mais plus particulièrement le droit du contrat d'adhésion. Ce dernier a vu son régime être cité, par le ministre, parmi les nouvelles dispositions introduites dans le Code au nom de la justice contractuelle¹³⁷⁶.

233. Le contrat d'adhésion et son régime vont ensuite faire l'objet de débats en Sous-commission des institutions. Il s'en est fallu de peu pour que le contrat d'adhésion soit écarté des nouvelles dispositions du Code. Son sort restera inconnu jusqu'au 11 décembre 1991, soit quelques jours avant l'adoption par l'Assemblée Nationale du Québec du projet de loi amendé.

B. L'approbation du contrat d'adhésion

234. *Les points d'achoppement du contrat d'adhésion.* A quelques semaines de la mise au vote du projet de loi 125, l'adoption de la définition du contrat d'adhésion et de son régime souffrait d'un bon nombre d'incertitudes. Elle suscitait beaucoup de discorde entre, d'un côté, ceux qui s'inquiétaient de la survie des principes de liberté et de stabilité contractuelles et, de l'autre, ceux qui souhaitaient voir les règles relatives au contrat d'adhésion être étendues à tous les contrats. Le Barreau du Québec a clairement affiché son désaccord quant à la définition proposée à l'article 1376 du projet. Ce dernier dispose que : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées./ Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré ». Selon le Barreau, la définition proposée est bien trop large et risque d'entraîner une importante instabilité contractuelle dans de nombreux contrats commerciaux qui se verraient être qualifiés de contrat d'adhésion¹³⁷⁷. Le Barreau suggère alors de limiter la définition du contrat d'adhésion de façon à ce que la stabilité contractuelle

¹³⁷³ *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, Le Code civil du Québec, op. cit.*, p. 832.

¹³⁷⁴ *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, Le Code civil du Québec, op. cit.*, p. 832.

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ Ass. Nat. Q., 4 juin 1991, *J. D.*, 4 juin 1991, 34^e législature, 1^{re} session, vol. 31, n° 133, p. 8769.

¹³⁷⁷ *Mémoire du Barreau du Québec sur le Code civil du Québec (Projet de loi 125) : Livre V – Des obligations : théorie générale des obligations*, Montréal : Service de recherche et de législation, 1991, p. 9.

des contrats conclus entre professionnels puisse être sauvegardée. *A contrario*, le Comité aviseur s'est montré extrêmement favorable à l'insertion du contrat d'adhésion et de son régime au sein du Code sans émettre de remarques particulières quant à sa rédaction ou son champ d'application¹³⁷⁸. Ouvert à certains aménagements rédactionnels, le ministre de la Justice, Gil Rémillard, défend également le maintien du contrat d'adhésion et de son régime au sein du projet et, par extension, du futur Code. A ses yeux, ces règles participent pleinement au développement de la justice contractuelle et permettent de solidifier son assise¹³⁷⁹.

235. La crainte pour les contrats commerciaux. L'importance politique et philosophique du contrat d'adhésion était loin d'être remise en cause. Elle fut, au contraire, rappelée par le professeur Masse lors du premier débat en Sous-commission des institutions le 18 septembre 1991. Ce dernier affirme que l'article 1376 du projet « serait une des pierres d'assise, non seulement à l'égard des droits qui y seraient reconnus mais à l'égard de la philosophie des contrats qu'[il] instaurerait »¹³⁸⁰. Cependant, et comme pour le Barreau, c'est le champ d'application de la définition qui ennuie le professeur Masse. Sa portée est si étendue qu'elle risque d'englober la plupart des contrats commerciaux qui, comme cela avait été souligné par le Barreau, souffriraient d'une grande instabilité contractuelle puisque seraient soumis à un régime d'équité contractuelle qui n'aurait pas lieu d'être¹³⁸¹. En effet, le professeur Masse estime que le consensualisme est « à peu près complet » dans lesdits contrats, hormis, peut-être, le cas du contrat de franchise¹³⁸². Le professeur Masse ira jusqu'à dire qu' : « il nous semble, même si le principe de 1376 peut être en principe défendable, qu'il ne correspond pas à un besoin social et économique précis »¹³⁸³. L'insertion du contrat et de son régime au sein du futur droit des obligations est alors clairement remise en question.

¹³⁷⁸ BAUDOUIN (J.-L.). « Le Comité aviseur sur la politique législative du Nouveau Code civil », *art. préc.*, p. 350.

¹³⁷⁹ REMILLARD (G.). « Présentation du projet de Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 27.

¹³⁸⁰ Sous-commission des institutions, 18 sept. 1991, *J. D.*, 18 sept. 1991, 34^e législature, 1^{ère} session, n° 11, p. 481.

¹³⁸¹ *Ibid.*, p. 482.

¹³⁸² *Ibid.* ; *Mémoire du Barreau du Québec sur le Code civil du Québec (Projet de loi 125) : Livre V – Des obligations : théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁸³ Sous-commission des institutions, 18 sept. 1991, *J. D.*, 18 sept. 1991, 34^e législature, 1^{ère} session, n° 11, p. 482.

Ce fut alors au tour du professeur Pineau d'intervenir au débat. Ce dernier commence par reconnaître que définir le contrat d'adhésion n'est pas un exercice facile¹³⁸⁴. Puis, il poursuit son propos en nuanciant les craintes du professeur Masse. « Il a paru, dit-il, que même dans le domaine des affaires, dans le domaine commercial, il pouvait y avoir, face à face, des commerçants qui ne sont pas d'égale force économique et qu'il pouvait y avoir, dans un pareil contexte, inégalité des forces et, éventuellement, possibilité d'imposition par l'une des parties, de clauses qui pouvaient être considérées comme abusives »¹³⁸⁵. Le professeur Pineau concède que, certes, il peut y avoir une certaine instabilité mais que cette dernière serait d'autant plus grande si les contrats commerciaux ne pouvaient être encadrés par le contrat d'adhésion. En ce sens, les règles relatives à cette qualification renfermeraient une « vertu préventive »¹³⁸⁶.

L'épineux problème résidait dans l'expression « [...] ne pouvaient être librement discutées ». Toute la question tournait autour du subtil basculement qu'un contrat de gré à gré pouvait connaître si ses clauses n'avaient pas été négociées alors qu'elles auraient pu l'être. Faute d'accord entre les membres de la commission, la porte-parole de l'opposition, Madame Harel, propose de suspendre l'article 1376, et par extension son régime, afin de pouvoir retravailler, le cas échéant, la formulation de sa définition¹³⁸⁷. Il faudra attendre le 10 décembre 1991, soit l'avant-dernier jour des échanges de la commission, pour observer la reprise du débat qui s'annonçait complexe.

236. La crainte du contrôle d'équité. Lorsque l'article 1376 et son régime furent de nouveau discutés par les membres de la Sous-commission des institutions le 10 décembre 1991, leur adoption était loin d'être garantie. C'est encore une fois la problématique des contrats commerciaux qui est posée, et plus particulièrement leur soumission au contrôle des clauses abusives¹³⁸⁸. Plus qu'une simple considération de technique contractuelle, ce fut surtout une question de philosophie contractuelle qui se jouait ici. Le professeur Masse

¹³⁸⁴ *Ibid.* V. égal. **PINEAU (J.)**. « Théorie des obligations », *art. préc.*, p. 31, n° 14 : malgré un exercice de définition difficile, le professeur Pineau sera convaincu, dans son article paru après l'adoption du projet de loi 125, de la nécessité à la fois pédagogique et technique d'intégrer la définition du contrat d'adhésion et son régime au sein du futur Code civil du Québec. Le législateur ne pouvait se permettre de passer à côté de cette évolution indispensable pour le droit commun des contrats.

¹³⁸⁵ Sous-commission des institutions, 18 sept. 1991, *J. D.*, 18 sept. 1991, 34^e législature, 1^{re} session, n° 11, p. 482.

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ Sous-commission des institutions, 18 sept. 1991, *J. D.*, 18 sept. 1991, 34^e législature, 1^{re} session, n° 11, p. 483.

¹³⁸⁸ Sous-commission des institutions, 10 déc. 1991, *J. D.*, 10 déc. 1991, 34^e législature, 1^{re} session, n° 33, p. 1356-1357.

rappelle à nouveau que, dans les relations professionnelles, « la règle de base, la règle fondamentale qui est encore en vigueur actuellement, c'est la règle de la liberté contractuelle relativement absolue »¹³⁸⁹. Le contrôle des clauses abusives allait introduire un contrôle d'équité dangereux, qui plus est exercé par un juge dont l'office faisait encore l'objet d'une certaine méfiance¹³⁹⁰. C'est alors que le ministre de la Justice intervient pour évoquer le fait que l'article 1376 s'inscrit dans une politique globale de justice contractuelle. Si les contrats de franchise sont les premiers concernés par cette qualification, d'autres contrats conclus entre professionnels risquaient, demain, de subir le même traitement¹³⁹¹. Le principal enjeu était donc de savoir s'il fallait insérer de telles mesures d'équité au sein du futur droit des obligations québécois¹³⁹². Le débat étant fort controversé, l'article 1376 est de nouveau remis en suspens. Son issue serait connue le lendemain, le 11 décembre 1991, dernier jour des débats en Sous-commission.

237. *L'adoption in extremis du contrat d'adhésion.* Après ce qui semble avoir été de longs et difficiles conciliabules, l'article 1376 est finalement adopté par la Sous-commission des institutions. Bien que la définition soit imparfaite et qu'elle puisse conduire à ce que certains considèrent comme des « inconvénients », Mme Harel justifie le vote en faveur du contrat d'adhésion, car « il nous semble [...] qu'il y a une balance des inconvénients qui penche en faveur du contrôle d'équité »¹³⁹³.

Finalement, l'exercice de ce « contrôle d'équité » s'est avéré être fondamental dans un droit des obligations qui se voulait être désormais plus juste, plus équitable et plus égal comme le rappellent le ministre de la Justice et la porte-parole de l'opposition dans leurs allocutions du 17 décembre 1991, jour de l'adoption par l'Assemblée Nationale du Québec du projet de loi 125¹³⁹⁴. C'est ainsi que M. Rémillard justifie, dans ses Commentaires, les articles 1432 et 1435 à 1437 du Code civil du Québec : ces derniers permettent de contrer les abus et de protéger la partie adhérente et/ou consommatrice en s'assurant que la clause soit bien connue de ladite partie¹³⁹⁵, que les clauses du contrat conclu soient lisibles et

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 1356.

¹³⁹⁰ Sous-commission des institutions, 10 déc. 1991, *J. D.*, 10 déc. 1991, 34^e législature, 1^{ère} session, n° 33, p. 1357.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² *Ibid.*, p. 1358.

¹³⁹³ Sous-commission des institutions, 11 déc. 1991, *J. D.*, 11 déc. 1991, 34^e législature, 1^{ère} session, n° 34, p. 1383.

¹³⁹⁴ Ass. Nat. Q., 17 déc. 1991, *J. D.*, 17 déc. 1991, 34^e législature, 1^{ère} session, vol. 31, n° 179, p. 11775 et p. 11777 à 11779.

¹³⁹⁵ *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, Le Code civil du Québec, op. cit.*, p. 868.

compréhensibles, et que les intérêts de la partie vulnérable soient pris en compte en priorité et que cette dernière n'ait pas à supporter des obligations déraisonnables¹³⁹⁶.

Quant à l'article 1376, devenu 1379 du Code civil du Québec, sa rédaction n'a finalement pas été modifiée. En effet, la version que nous connaissons aujourd'hui est celle qui fut présentée par le projet de loi 125. Le ministre de la Justice défend la formule controversée en soutenant que ce qui est exigé de la définition est une impossibilité de discussions libres : l'une des parties n'a tout simplement pas le pouvoir de négocier l'essentiel des stipulations du contrat, c'est-à-dire la majorité des clauses, peu important qu'elles soient principales ou secondaires¹³⁹⁷. Pour ce qui est de la définition du contrat de gré à gré, elle se veut laconique car, selon les explications de M. Rémillard, ce type de contrat ne présente pas de difficultés particulières¹³⁹⁸.

* * *

Conclusion de la section 2 :

238. Comparé au discours de réforme du droit des contrats français, le contrat d'adhésion rencontra un bien meilleur accueil au sein de projets de réforme québécois. D'abord sous-entendu dans le projet présenté par l'Office de Révision du Code civil, le contrat d'adhésion intégra très rapidement les lignes des projets ultérieurs. Il fut immédiatement associé aux règles destinées à assurer une plus grande justice contractuelle à savoir, la lutte contre les clauses abusives et l'interprétation contre le stipulant. Les codificateurs étaient convaincus de son utilité et hissaient son régime au rang de futur vecteur de la justice contractuelle. Contrairement à la lésion ou à la révision du contrat pour imprévision, le contrat d'adhésion et son régime traversèrent les différentes moutures du droit des contrats de demain. Cependant, son introduction parmi les dispositions du futur Code civil du Québec ne fut pas une évidence absolue si bien que la notion de contrat d'adhésion suscita de nombreux débats qui, jusqu'au dernier jour de la réforme, n'offrirent aucune garantie quant à son maintien au sein du futur droit des contrats québécois. A la lumière de l'objectif de justice contractuelle, et avec pour volonté de garantir l'équité au sein des relations contractuelles,

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 870-872.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 836-837.

¹³⁹⁸ *Ibid.*

l'Assemblée Nationale du Québec décida finalement de maintenir la définition du contrat d'adhésion, et son régime, parmi les nouvelles dispositions du Code civil du Québec.

* * *

*

Conclusion du Chapitre 1 :

239. Avant d'être placé au cœur du discours réformateur du droit des contrats français, le contrat d'adhésion était loin d'être considéré comme une notion essentielle et la constitution de son régime, loin d'être perçue comme une question pressante. La notion de contrat d'adhésion, prise en compte par l'avant-projet Catala, disparut ensuite de l'avant-projet Terré pour finalement être reprise par la Chancellerie en 2008. Ces va-et-vient successifs laissèrent la doctrine française, ou dans une relative indifférence, ou extrêmement concernée. Pour les uns, qui remirent en cause l'utilité même de la notion, l'introduction du contrat d'adhésion au sein du Code civil n'était pas une priorité, ni même une nécessité. Pour les autres, elle était bienvenue et fondamentale. Certains se montrèrent favorables à son insertion dans le Code mais s'interrogèrent sur sa portée dès lors que la notion n'était assortie d'aucun régime. Il fallut attendre l'avant-projet de 2013 et le projet d'ordonnance de 2015 pour voir se construire le régime du contrat d'adhésion. Cependant, cette construction fut longtemps incomplète. En effet, la lutte contre les clauses abusives embrassait non seulement le contrat d'adhésion mais aussi le contrat de gré à gré. Le rédacteur de 2013, comme celui de 2015, donna alors l'impression que le renouvellement de la théorie générale du contrat allait emprunter un virage radical en cherchant à lutter contre le déséquilibre dans tous les contrats, qu'ils eussent été de gré à gré ou d'adhésion. L'ordonnance de réforme du droit des contrats rebroussa finalement chemin et redonna une consistance au régime du contrat d'adhésion en limitant le champ d'application de l'article 1171 à cette seule figure contractuelle. Cette direction prise par le législateur maintint également la cohérence de la théorie générale du contrat en instaurant une vision binaire de cette dernière. Tout en préservant le pan classique de la théorie, qui continue à commander le régime du contrat de gré à gré, le législateur tailla une autre facette à la théorie générale qui encadre le régime du contrat d'adhésion.

240. Quant à la réforme québécoise de son droit des contrats, la notion de contrat d'adhésion, bien que reconnue, ne fut pas tout de suite insérée au sein du projet de réforme proposé par l'Office de Révision du Code civil. Cela étant dit, elle connut une entrée triomphale au sein de l'Avant-projet de réforme de 1987 et fut extrêmement bien accueillie

par la doctrine en ce que son utilité ne fut jamais remise en cause. Les points d'achoppement se concentraient surtout autour de sa définition et la crainte de voir une grande partie des contrats conclus entre professionnels tomber sous sa qualification. En fait, la problématique qui se posait aux codificateurs québécois ressemblait beaucoup à celle à laquelle les codificateurs français allaient être confrontés des années plus tard : jusqu'où peut-on, et veut-on, étendre la justice contractuelle et ses mesures d'équité ? La définition du contrat d'adhésion ne sera finalement pas reprise, les codificateurs ayant choisi d'étendre cette qualification à un maximum de contrats déséquilibrés.

241. Si l'intérêt et la portée technique de la notion de contrat d'adhésion ont pu soulever des doutes, plusieurs auteurs, qu'ils furent français ou québécois, ont, toutefois, souligné, tel un véritable *leitmotiv*, l'importance pédagogique et symbolique de la notion. Il en allait de même des règles constituant son régime. Leur portée symbolique était particulièrement appréciée et justement mise en valeur. Les conséquences de la notion de contrat d'adhésion et de son régime sur la philosophie du droit des contrats étaient indéniables : elles modifiaient l'esprit de la matière en se faisant le vecteur d'une plus grande justice contractuelle. C'est ainsi que le contrat d'adhésion, et par extension son régime, se trouvent au cœur de l'évolution philosophique du droit des contrats.

* * *

*

Chapitre 2 : Le contrat d'adhésion au centre du nouveau discours contractuel français et québécois

242. Les réformes française et québécoise du droit des contrats ont définitivement entériné la notion jusqu'alors doctrinale de contrat d'adhésion. Le changement de statut n'est pas anodin : d'une notion périphérique, le contrat d'adhésion devient une notion centrale du discours contractuel et du droit positif. Ce constat a d'autant plus d'importance que la définition du contrat d'adhésion alimente un discours contractuel nouveau, ou du moins transformé. En effet, la mobilisation de la notion de contrat d'adhésion participe à la concrétisation de l'idéologie nouvelle dont le discours se fait le vecteur. C'est dire toute l'importance sémantique, mais aussi philosophique, de la définition du contrat d'adhésion.

Si l'acte de définir a longtemps été considéré comme périlleux¹³⁹⁹ – on dira aujourd'hui, plus volontiers, qu'il est difficile¹⁴⁰⁰ – il est néanmoins indissociable de la formation du discours du droit¹⁴⁰¹ – dans notre cas du discours contractuel, peu important qu'il soit normatif, doctrinal ou pratique. Qu'elle soit donc légale, doctrinale ou jurisprudentielle, la définition est essentielle à l'organisation du système juridique. Toutefois, la portée de ces définitions ne s'apprécie pas au même degré. Nous savons qu'une définition doctrinale, qui est avant tout une description scientifique, ne connaît aucun caractère obligatoire¹⁴⁰². Son passage vers une définition légale lui conférerait alors, si ce n'est plus d'autorité, une plus grande légitimité¹⁴⁰³. En effet, il serait erroné de croire que la définition doctrinale n'est dotée d'aucune autorité. Cette dernière est bien réelle et tient de « l'autoproduction » des auteurs de doctrine qui vont contribuer à faire grandir la notion en se citant mutuellement. Aussi, les définitions doctrinales jouissent d'un « prestige

¹³⁹⁹ **RAY (J.)**. *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926, p. 217-218 ; **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé*, préf. JULIEN (J.), Toulouse : PUT 1 Capitole, 2017, p. 35-36, n° 10.

Lévy-Ullmann (« Contribution à la recherche d'une définition du droit (méthode de définition et définition proposée) », *RTD civ.*, 1917, t. 13, p. 61, v. spéc. p. 64-65), en partant de la définition du droit, avait dressé une méthode de définition pour simplifier cet acte considéré difficile. Il relève qu'une définition, peu important son objet, répond à quatre caractéristiques : la définition est positive – l'objet défini est encadré par des règles de droit ; rationnel – l'objet défini peut faire appel à des principes supérieurs qui renvoient au droit naturel ; objective – l'objet est envisagé selon son but, sa fonction sociale ; subjective – l'objet est apprécié en fonction des avantages qu'il procure à un individu.

V. égal. **FENET (P.A.)**. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Osnabrück : Otto Zeller, 1968, p. 43.

¹⁴⁰⁰ **DOCKES (E.)**. « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.*, juill.-sept. 1995, n° 3, p. 479.

¹⁴⁰¹ **SCHMIT (L.-M.)**. *Ibid.*, p. 27, n° 5.

¹⁴⁰² **BERGEL (J.-L.)**. « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1120, n° 2.

¹⁴⁰³ **CORNU (G.)**. « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1181.

d'ordre intellectuel » qui tient de leur appareillage scientifique complexe et sophistiqué¹⁴⁰⁴. Leur prestige peut être réhaussé par le pouvoir de définition du législateur, qui est discrétionnaire¹⁴⁰⁵. S'il le législateur est guidé par certains objectifs à atteindre – clarté, intelligibilité, sécurité...¹⁴⁰⁶ – aucune règle de droit positif ne l'oblige à définir, ni n'encadre sa prérogative. Le choix de définir, ou non, est donc pleinement souverain, le législateur ayant la conviction d'être « maître du droit et de pouvoir assigner aux juges et aux juristes des missions qu'il déterminerait librement et précisément »¹⁴⁰⁷.

243. L'activité définitoire du législateur s'exprime à travers deux types de définitions¹⁴⁰⁸. Le premier a trait aux définitions dites « terminologiques », également appelées « nominales »¹⁴⁰⁹, qui ont pour fonction d'expliquer, d'éclairer le sens d'un terme juridique inséré dans un texte de loi. Cette pratique, extrêmement développée dans les pays anglo-saxons¹⁴¹⁰, rencontre une certaine ferveur en France et trouve une illustration éclatante au Québec. Bijuridique, le système québécois se trouve au carrefour de deux langues qui se « pollinisent » en même temps qu'elles essaient de préserver leur originalité et leur indépendance¹⁴¹¹. L'activité définitoire est donc primordiale au sein de la Province qui est dotée de la Loi d'interprétation¹⁴¹² qui fournit un lexique complet des termes juridiques qui

¹⁴⁰⁴ SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 652-654, n^{os} 499-500.

¹⁴⁰⁵ ATIAS (C.). « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1092, n^o 10 ; CORNU (G.). *Ibid.*, p. 1177 ; TRUCHET (D.). « Les définitions législatives », in *La confection de la loi*, DRAGO (R.) (dir.), Paris : PUF, 2005, p. 193 ; BALIAN (S.). *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique*, Paris : La maison du dictionnaire, 2014, p. 17, n^o 20 ; LEFEBVRE (J.). « Un premier bilan », in *DICODÉX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, LEFEBVRE (J.) (dir.), Coll. CEPRISCA, 2015, p. 59.

¹⁴⁰⁶ Tels sont les objectifs cités par M. Balian : « perfection dans l'expression de la règle, clarté dans la formulation, précision dans le critère, économie dans les moyens, sécurité dans l'application ; adaptation à la multiplicité des textes ; renouvellement du contenu des termes de la loi » (p. 17, n^o 20).

¹⁴⁰⁷ ATIAS (C.). « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1092, n^o 10.

¹⁴⁰⁸ CORNU (G.). « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris : Dalloz, 1981, p. 81 et s.

¹⁴⁰⁹ SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 342, n^o 261.

¹⁴¹⁰ BERGEL (J.-L.). *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2012, p. 235, n^o 177 ; CORNU (G.). « Les définitions dans la loi », *art. préc.*, p. 83, n^o 15.

¹⁴¹¹ KASIRER (N.). « Dire ou définir le droit », *R.J.T.*, 1994, vol. 28, n^o 1, p. 141 et s. : Au niveau du droit privé québécois, existent une langue française civiliste et une langue anglaise civiliste, qui se distingue de la langue anglaise de *common law*. Ce brassage de mots et d'expressions peut entraîner la naissance de faux-amis et la création de néologisme, voire même de québécismes, bien souvent issus desdits néologismes (le québécisme est un terme de la langue juridique franco-québécoise qui ne se retrouve nulle part ailleurs, même pas dans la langue juridique française, dite « de Paris ». Ces inventions sont la démonstration de l'autonomisation du droit civil québécois et de son affirmation en tant que système juridique à part entière dans la famille romano-germanique. Ces termes sont, par exemple, « pollicitant/pollicité », « payeur/payeuse », ou encore le mot « shérif » pour officier de justice). A l'échelle du droit fédéral appliqué sur le territoire québécois, les lois relatives à des objets du droit privé, alors rédigées en anglais juridique, vont devoir être traduites, voire même transposées, en français québécois juridique en tenant compte de toutes les particularités attachées à la langue anglaise et, le cas échéant, aux règles de *common law*.

¹⁴¹² *Loi d'interprétation*, RLRQ, c I-16, section 8, art. 61 : par exemple, les termes « Sa Majesté », « gouverneur général du Canada », « province » mais aussi « personne » ou « grand sceau » sont définis. Une loi d'interprétation existe également à l'échelle du Canada et comprend également un lexique de termes juridiques : *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c I-21,

fixe de façon pérenne le sens desdits termes. Ces définitions, clairement d'inspiration anglo-saxonne, se distinguent des définitions insérées dans le Code civil du Québec en ce qu'elles ne contribuent qu'à assurer la lisibilité des lois¹⁴¹³. *A contrario*, les définitions que l'on retrouve dans le Code auront une finalité conceptuelle qui rapproche ainsi le droit civil québécois de la tradition romano-germanique¹⁴¹⁴. En effet, l'acte de définir au sein des systèmes juridiques de tradition romaniste est intimement lié à la codification¹⁴¹⁵.

Les définitions insérées dans un corpus aussi fondamental que le Code, et qui constituent le second type de définition, sont souvent qualifiées de « définitions réelles »¹⁴¹⁶. Ces dernières ne se contentent pas de préciser le sens d'un terme juridique. Elles condensent leur essence en une formule brève et précise, et participent à la structuration du système juridique. Qui plus est, les définitions réelles ont une portée normative que les définitions terminologiques n'ont pas¹⁴¹⁷. En ce sens, elles sont de véritables règles de droit. Cette *summa divisio*, élaborée par Cornu¹⁴¹⁸, a fait l'objet de nombreuses critiques en raison de son caractère « superfétatoire »¹⁴¹⁹. Or, selon M. Schmit, cette division présente un intérêt certain et les critiques qui lui sont adressées doivent être tempérées¹⁴²⁰. Les frontières entre les deux types de définition ne sont pas imperméables et, très souvent, une définition légale présentera à la fois une dimension terminologique et une dimension réelle. C'est notamment le cas de la définition du contrat d'adhésion qui, en plus de présenter un aspect terminologique – ce que l'on entend par le terme « adhésion » – offre une dimension réelle en abritant la notion de contrat d'adhésion. Cette dichotomie est d'autant plus parlante que la définition a été insérée dans un chapitre intitulé « Dispositions liminaires » qui rappelle quelque peu les chapitres lexicaux des législations anglo-saxonnes¹⁴²¹. Cependant, la dimension réelle de la définition du contrat d'adhésion

art. 35 (1). On y retrouve des termes comme « Commonwealth », « eaux intérieures », « territoires », des dispositions relatives aux fuseaux horaires, ou encore la liste des juridictions supérieures ou cours supérieures.

¹⁴¹³ **DEVINAT (M.)**. « La réception jurisprudentielle des définitions législatives », in *DICODÉX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁴¹⁴ **LAUZIÈRE (L.)**. « Les définitions dans la législation québécoise », in *DICODÉX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, *op. cit.*, p. 273.

¹⁴¹⁵ **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé*, *op. cit.*, p. 25, n° 4.

¹⁴¹⁶ **CORNU (G.)**. « Les définitions dans la loi », *art. préc.*, p. 81, n°s 9 et s.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 87, n° 21 ; **CORNU (G.)**. « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 1176. *Contra* : **ATIAS (C.)**. « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1093, n° 10.

¹⁴¹⁸ **CORNU (G.)**. « Les définitions dans la loi », *art. préc.*, p. 77.

¹⁴¹⁹ **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé*, *op. cit.*, p. 362 et s.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, p. 365, n° 278.

¹⁴²¹ **CHASSAGNARD-PINET (S.)**. « Le vocabulaire », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 584.

dépasse son aspect terminologique en ce qu'elle fonde, avec les autres définitions contenues dans ce chapitre, des catégories structurantes¹⁴²², c'est-à-dire des catégories qui participent à l'organisation du droit en « rangeant » les phénomènes et situations juridiques dans des classifications qui permettent, comme nous le verrons plus bas¹⁴²³, une meilleure compréhension desdits phénomènes.

244. Pourquoi définir ? Pour quelles raisons le législateur choisit-il de définir tel terme juridique plutôt que tel autre ? Quel objectif cherche-t-il à atteindre ? Telles sont les questions posées par les auteurs qui se sont consacrés à l'étude des choix de définition retenus par le législateur¹⁴²⁴. Bien que ce dernier ne soit pas investi d'une mission pédagogique, il ne cherche cependant pas seulement qu'à ordonner. Le législateur s'efforce aussi d'instruire et d'enseigner¹⁴²⁵ ; de donner un sens juridique à la réalité qui nous entoure pour nous aider à mieux la comprendre¹⁴²⁶. Contrairement à ce que l'on pourrait penser¹⁴²⁷, le souci pédagogique pèse donc bien plus lourd dans la décision du législateur de définir, ou non (**Section 1**). Ceci dit, le législateur ne souhaite pas uniquement décrire la réalité qui nous entoure. Il essaie également de cerner, puis de traduire, les valeurs qui fondent cette réalité. La définition légale, mue par un objectif politique, se fait le reflet des valeurs d'une société et devient un fragment du discours idéologique défendu par le législateur¹⁴²⁸ (**Section 2**).

Section 1 : La fonction pédagogique de la notion de contrat d'adhésion

245. Nous le savons bien désormais, la notion de contrat d'adhésion a, pendant longtemps, fait l'objet d'une définition uniquement doctrinale. Or, les articles 1110, alinéa 2 du Code civil et 1379 du Code civil du Québec puisent leurs racines dans cette définition

A noter que dans le Code civil du Québec, la définition du contrat d'adhésion se trouve dans un chapitre intitulé « Du contrat », et dans une section 2 titrée « De la nature du contrat et de certaines de ses espèces ».

¹⁴²² *Ibid.*

¹⁴²³ V. *infra* n^{os} 255 et s.

¹⁴²⁴ **BALIAN (S.)**. *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 123, n^o 194 ; **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé*, *op. cit.*, p. 37, n^o 10.

¹⁴²⁵ **BALIAN (S.)**. *Ibid.*, p. 21, n^o 27.

¹⁴²⁶ **SCHMIT (L.-M.)**. *Ibid.*, p. 21, n^o 2 ; **BISSON (A.-F.)**. « Dualité de systèmes et codification civiliste », in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 48 : « Diapason du code, la stabilité du vocabulaire est favorisée par l'abondance des définitions réelles qui parcourent le code, chacune venant à sa place "naturelle", à l'occasion de l'exposé principal de l'institution à laquelle elle se rattache. Volontiers anti-nominaliste, la pensée civiliste repose en effet sur l'idée que les mots ne sont pas de purs instruments de manipulation du réel et marque sa préférence pour la plus grande adéquation possible entre les mots et les choses désignées ».

¹⁴²⁷ **BALIAN (S.)**. *Ibid.*, p. 20, n^o 25 ; **TRUCHET (D.)**. « Les définitions législatives », *art. préc.*, p. 197.

¹⁴²⁸ **ATIAS (C.)**. « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1095, n^o 12.

doctrinale. Grâce à cela, ces définitions, devenues légales, assoient une « fermeté conceptuelle » qui solidifie la cohérence et l'intelligibilité de la trame narrative des Codes¹⁴²⁹. Dès lors, ces dispositions nouvelles ont transposé la portée explicative de la définition doctrinale à la définition légale qui se trouve alors être sublimée d'une portée pédagogique (§ 1). Cette finalité est d'autant plus immanente que les deux définitions ont été insérées dans les Codes civils respectifs des deux pays. Or, ces codes constituent tous deux des corpus législatifs cohérents, où les règles sont articulées ensemble et où les régimes juridiques répondent à des notions qui vont permettre la juste qualification des différentes réalités juridiques (§ 2).

§ 1 : L'apport de la définition doctrinale à la définition légale

246. La définition doctrinale prend naturellement naissance dans le discours doctrinal et va, par conséquent, contribuer à forger ce discours (A.) qui, à son tour, va alimenter le discours légal en lui servant d'inspiration (B.).

A. La définition doctrinale : contribution au discours doctrinal

247. *Les étapes de la définition.* Il va sans dire que les définitions sont plutôt l'apanage des auteurs de doctrine qui tentent de cerner, de comprendre, de décrire et d'expliquer la réalité juridique dans laquelle nous évoluons¹⁴³⁰. Relevant exclusivement de la science du droit¹⁴³¹, les définitions sont au cœur du discours doctrinal qui se veut être une communication sur le droit, un discours sur le discours du droit lui-même¹⁴³². Les définitions doctrinales ont tout d'abord pour mission de borner un champ d'étude et de cerner son objet que l'on cherche à étudier¹⁴³³. En ce sens, elles constituent un point de départ à la démonstration et, par conséquent, ne peuvent prétendre immédiatement à la perfection – ou du moins à un degré de précision élevé. Ces définitions vont ensuite permettre de dégager les traits caractéristiques de l'objet, du concept ou de la notion, et d'en

¹⁴²⁹ CHASSAGNARD-PINET (S.). « Le vocabulaire », *art. préc.*, p. 584.

¹⁴³⁰ SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 597, n° 458.

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 87, n° 49.

¹⁴³² *Ibid.*, p. 596, n° 457.

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 641, n° 490.

tirer les conséquences de son régime¹⁴³⁴. Petit à petit, ces définitions vont s'affiner pour donner, enfin, un résultat particulièrement tangible de la réalité¹⁴³⁵.

Ces différentes étapes se retrouvent dans l'évolution de la définition du contrat d'adhésion. Saleilles, tout en dégagant des critères qui traverseront le temps, s'est uniquement employé à poser une première pierre à l'édifice de la notion de contrat d'adhésion telle que nous la connaissons aujourd'hui. Sa définition a ensuite été reprise et travaillée par les auteurs de doctrine qui lui ont succédé, aussi bien en France qu'au Québec. Ils ont explicité les critères distinctifs de la notion et dégagé les premiers traits d'un régime juridique potentiellement applicable. Outre la doctrine, la jurisprudence a également contribué à la compréhension de la notion en éprouvant son régime au gré du contentieux contractuel. Mouvant, ce régime s'est, par la suite, consolidé, ce qui a permis à la notion d'atteindre son « point d'aboutissement »¹⁴³⁶. Le point culminant aura été sa reprise *in extenso* dans une définition légale.

248. La portée régulatrice de la définition. Les définitions doctrinales sont chargées d'une valeur scientifique inestimable. De fait, elles renferment les strates intellectuelles successives qui se sont sédimentées pour former un tout organique. Dès lors, ces définitions, si elles n'ont pas une vocation réglementaire – car ne peuvent prétendre au qualificatif de règles de droit¹⁴³⁷ – ont du moins une portée régulatrice¹⁴³⁸. L'illustration est frappante avec le contrat d'adhésion. Ce dernier, bien qu'il ne fût pas, pendant très longtemps, l'objet d'une définition légale, inspira tout de même les règles du droit de la consommation français et québécois ; guida les juges dans la résolution de litiges mettant en cause deux parties de force différente dont l'une n'aurait pu négocier les termes de son contrat ; modela le discours contractuel qui prit un ton si ce n'est solidariste, du moins plus social et tourné vers la protection du plus faible. Si la définition n'était pas sanctionnée, son régime était cependant appliqué et certaines de ses règles devinrent des dispositions légales¹⁴³⁹. C'est ici que réside la puissance de la définition doctrinale : en cherchant à cerner

¹⁴³⁴ SCHMIT (L.-M.), *Les définitions du droit privé*, op. cit., p. 642, n° 491.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, p. 643, n° 492.

¹⁴³⁶ *Ibid.*

¹⁴³⁷ HERON (J.), « L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1155, n° 7.

¹⁴³⁸ BALIAN (S.), *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique*, op. cit., p. 20, n° 25.

¹⁴³⁹ L'on pense notamment à la règle sur les clauses abusives du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence, ainsi que la règle d'interprétation *contra proferentem* du droit de la consommation.

et à comprendre la réalité juridique qu'elle étudie, elle agit sur cette réalité pour la modifier et la conduire progressivement à prendre une autre direction. Partant du constat selon lequel l'autonomie de la volonté n'était qu'un leurre au sein du droit des contrats d'adhésion, les auteurs de doctrine se sont efforcés de contester cette réalité contractuelle tout en défendant un monde où règnerait une plus grande justice contractuelle.

249. C'est donc tout ce bagage doctrinal que transporte la définition du contrat d'adhésion. La définition légale se voit donc être enrichie d'une valeur ajoutée qu'est le poids doctrinal de la notion de contrat d'adhésion. C'est cette valeur ajoutée qui détermine la portée pédagogique de la définition légale.

B. La définition doctrinale : à disposition du discours du droit

250. Une définition « prête à l'emploi ». La majorité des définitions insérées dans le Code, qui sont, la plupart du temps, des définitions réelles, sont très souvent d'origine doctrinale¹⁴⁴⁰. De fait, « quel que soit leur support, les définitions doctrinales sont mises à la disposition des auteurs des discours du droit qui pourront librement s'en inspirer ou les reprendre »¹⁴⁴¹. Cela suppose que la communication doctrinale ait atteint une intensité particulière qui la transforme en « proposition de droit, marquant ainsi l'implication de la doctrine dans l'élaboration législative »¹⁴⁴². Cette affirmation est particulièrement vraie pour les projets de réforme du droit. « La concision des définitions alliée à la présentation de ces projets sous forme d'articles de lois fait d'elles [les définitions] un matériau "prêt à l'emploi", une offre de droit explicite »¹⁴⁴³. Peuvent en attester les projets de réforme du droit des contrats français et québécois qui, en outre, avaient tous deux une origine doctrinale¹⁴⁴⁴. Qui plus est, ces projets avaient pour finalité de recodifier la partie relative aux obligations dans les Codes civils des deux pays. Or, « la codification légale assure et intègre les instruments de systématisation que sont les définitions. Coulées dans le moule de la règle de droit conçu par la doctrine, celles-ci sont prêtes à l'emploi : immédiatement reconnues par un droit lui-même façonné par la doctrine, elles passent aisément la frontière qui les

¹⁴⁴⁰ CORNU (G.). « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 1178.

¹⁴⁴¹ SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 647, n° 495.

¹⁴⁴² *Ibid.*, p. 648, n° 496.

¹⁴⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴⁴ Pour le projet de réforme du droit des contrats français, v. SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 190, n° 131.

sépare du discours doctrinal »¹⁴⁴⁵ pour rejoindre le discours légal. Cela montre combien les frontières entre les discours sont poreuses, et comment la codification devient le relais du discours doctrinal.

251. Méthode pour une définition légale. C'est ainsi que l'article 1110, alinéa 2 du Code civil et l'article 1379 du Code civil du Québec reprennent en substance les diverses définitions du contrat d'adhésion proposées par la doctrine au fil des ans. Cependant, et l'on s'en souvient, à peine l'encre sèche que la doctrine française s'est interrogée sur la pertinence des critères retenus par le législateur¹⁴⁴⁶. Fallait-il faire référence aux conditions générales ? L'allusion à la détermination unilatérale des termes du contrat par l'une des parties était-elle nécessaire ? L'impossible négociation n'était-elle pas un critère suffisant de qualification ?

Si l'activité de définition est difficile, la définition de la notion de contrat d'adhésion est particulièrement compliquée. Comme l'a relevé l'honorable Moore, pas moins de treize critères, qui pourraient potentiellement être mentionnés au sein de la définition, caractérisent la notion¹⁴⁴⁷. Or, si définir est un choix, « comment définir » relève également d'une prise de décision quant aux critères que le législateur souhaite mettre en avant. Pour s'aider dans son choix, ce dernier pourra se laisser guider par les remarques de Gény. Lorsqu'une institution juridique en devenir ne se laisse pas enfermer dans une « simple enveloppe formelle », ses critères « ne peuvent être empruntés, écrit l'auteur, qu'aux arêtes les plus saillantes du phénomène représentant ses éléments substantiels dont on formera les cadres de la catégorie destinée à enfermer les circonstances concrètes [...] »¹⁴⁴⁸. Il pourra encore s'inspirer des conseils de Lévy-Ullmann. Ce dernier estime que la définition a une mission de précision et une mission d'évocation¹⁴⁴⁹. D'abord, la précision passe par les « données les plus caractéristiques » de l'objet que l'on cherche à définir. Ainsi, il ne faut retenir que les éléments « qui permettent véritablement de déterminer l'originalité de la

¹⁴⁴⁵ SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 657, n° 502.

¹⁴⁴⁶ La définition québécoise du contrat d'adhésion n'est pas en reste. Nous verrons dans la deuxième partie de cette étude que les critères retenus par le législateur québécois ont également soulevé des interrogations parmi les auteurs de doctrine (v. *infra* n°s 327 et s.).

¹⁴⁴⁷ MOORE (B.). « A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », *R.J.T.*, 1994, vol. 28, n° 1, p. 202 et s.

¹⁴⁴⁸ GENY (F.) cite par BALIAN (S.). *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique, op. cit.*, p. 124, n° 196.

¹⁴⁴⁹ LEVY-ULLMANN (H.). « Contribution à la recherche d'une définition du droit (méthode de définition et définition proposée) », *art. préc.*, p. 68.

notion à définir au milieu des notions similaires [...] »¹⁴⁵⁰. Ensuite, l'évocation complète la définition qui ne peut contenir tous les éléments de l'objet qu'elle définit. En effet, le législateur doit, à travers « des termes, des expressions, des tournures de phrase, des modalités de langage » éveiller une image dans l'esprit du juriste, frapper son imagination et l'inviter à envisager toutes les situations possibles¹⁴⁵¹.

L'on comprend donc que le législateur ne doit prendre en compte que les éléments substantiels de la notion qu'il cherche à définir¹⁴⁵², ne retenir que les éléments constitutifs qui sont toujours réunis¹⁴⁵³. Or, les traits dominants du contrat d'adhésion, ses « arêtes les plus saillantes », sont, comme l'avait relevé Saleilles, l'impossible négociation des termes du contrat par l'une des parties qui résulte de la détermination unilatérale desdits termes par l'autre partie. En se concentrant sur ces deux critères pivots du contrat d'adhésion, le législateur propose une définition qui répond aux canons d'une bonne définition : concision, précision et économie¹⁴⁵⁴. En somme, la définition du contrat d'adhésion peut être qualifiée de pédagogique. En effet, le propre de la définition est, comme nous l'avons relevé, de faire sens de la réalité, de l'explicitier afin de mieux la comprendre. Le but de la pédagogie est bien de simplifier le monde qui nous entoure et non de le complexifier. Une « bonne définition » se doit donc d'être « caractéristique », c'est-à-dire qu'elle convient « à tout le défini et au seul défini, ce qui peut englober, au-delà de ce qu'il est nécessairement, l'indication de ce qu'il ne peut pas être »¹⁴⁵⁵.

252. L'inachèvement assumé de la définition légale. Partant, il est certain que la définition du contrat d'adhésion n'est pas parfaite, mais quelle définition l'est vraiment ? La réalité, et plus spécialement celle du contrat d'adhésion, est trop complexe pour être réduite en une seule phrase¹⁴⁵⁶. Une définition semblerait justement avoir pour particularité d'être « perpétuellement inachevée »¹⁴⁵⁷. Dès lors, une définition ne peut être incontestable.

¹⁴⁵⁰ **LEVY-ULLMANN (H.)**. « Contribution à la recherche d'une définition du droit (méthode de définition et définition proposée) », *art. préc.*, p. 69.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*

¹⁴⁵² **BALIAN (S.)**. *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 124, n° 196.

¹⁴⁵³ **BERGEL (J.-L.)**. *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 230, n° 173.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 129, n° 207 ; **CORNU (G.)**. « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 1185.

¹⁴⁵⁵ **BERGEL (J.-L.)**. « Typologie des définitions dans le Code civil », *R.R.J.*, 1986-4, p. 34.

¹⁴⁵⁶ **ATIAS (C.)**. « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1088, n° 7.

¹⁴⁵⁷ **BERGEL (J.-L.)**. « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *art. préc.*, p. 1120, n° 2 ; **HERON (J.)**. « L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires », *art. préc.*, p. 1154, n° 6.

Christian Atias l'affirmait : « Elles [les définitions] ne sont que des arguments condensés, des raisonnements implicites repliés dans une formule brève et qu'il faut redéployer dans chaque espèce pour leur redonner vie, pour les éprouver à nouveau et pour y puiser un peu de justice »¹⁴⁵⁸. Les définitions ont donc pour essence d'être « irrémédiablement incomplètes »¹⁴⁵⁹ et l'acte de définir, une fois posé, n'est pas définitif. Il faut encore et toujours revenir sur cette définition, la dé-couvrir et la redécouvrir au gré des applications pratiques. Qui plus est, la définition ne peut se comprendre seule et doit être replacée dans le réseau de normes et autres définitions auquel elle appartient¹⁴⁶⁰. Cependant, et malgré cette incomplétude, la définition légale « est autre chose qu'une approximation provisoire et révisible, écrit Ray, elle est une décision, une volonté, elle s'impose »¹⁴⁶¹. Il ajoute que la définition « pourra être complétée assurément, parfois indirectement rectifiée, souverainement abandonnée, mais elle restera un texte de loi »¹⁴⁶².

Cette plénitude de la définition sera permise grâce au travail réalisé par d'autres acteurs du monde juridique qui vont s'emparer de la définition afin de la remettre sur le métier. Nous pensons notamment au juge qui a pour office d'interpréter les définitions et de les faire vivre grâce à l'opération de qualification¹⁴⁶³. Il va sans dire que la doctrine va également s'atteler à critiquer la définition légale en proposant d'autres critères à retenir et en cherchant, surtout, à déceler les dimensions politique et idéologique de la définition¹⁴⁶⁴. S'installe alors une certaine « coopération »¹⁴⁶⁵ entre les différents acteurs du monde juridique. A titre d'exemple, le critère du déséquilibre de puissances n'a pas été repris, ni par le législateur français, ni par le législateur québécois, comme critère déterminant du contrat d'adhésion. Or, nous verrons dans la seconde partie de cette étude que le déséquilibre est

¹⁴⁵⁸ **ATIAS (C.)**. « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1093, n° 10

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 1093, n° 11.

¹⁴⁶⁰ **ATIAS (C.)**. *Ibid.*, p. 1088, n° 7 ; **BALIAN (S.)**. *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 129, n° 207.

¹⁴⁶¹ **RAY (J.)**. *Essai sur la structure logique du Code civil français*, *op. cit.*, p. 219-220.

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ **ATIAS (C.)**. « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1089, n° 7 ; **HERON (J.)**. « L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires », *art. préc.*, p. 1169, n° 27.

¹⁴⁶⁴ **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé*, *op. cit.*, p. 598 et s. ; **DEVINAT (M.)**. « Les définitions dans les codes civils », *C. de D.*, mars-juin 2005, vol. 46, n°s 1-2, p. 527-529.

¹⁴⁶⁵ **GOLTZBERG (S.)**. « La définition comme procédé stratégique », in *DICODÉX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, *op. cit.*, p. 150.

un critère très souvent utilisé par les magistrats et régulièrement relevé par la doctrine qui complète la définition en remplissant ses non-dits¹⁴⁶⁶.

253. Parce qu'elle est générale, la définition révèle finalement son sens lors de son application à une situation concrète. Elle donne lieu à une qualification de la situation qui conduit, ensuite, à déployer les effets juridiques de la notion définie. Or, cette opération de qualification découle indirectement d'une classification, qui est l'apanage de la codification.

§ 2 : L'insertion de la définition légale dans des corpus fondamentaux

254. Accéder au statut de définition légale est assurément une finalité ultime pour une définition d'origine doctrinale. Devenir une définition légale insérée dans un corpus aussi fondamental que le Code civil, qu'il soit français ou québécois, constitue, sans aucun doute, une consécration suprême. Le Code civil a pour ambition de réguler les relations civiles tissées entre les citoyens. Les définitions insérées dans le Code participent donc de « l'établissement de l'ordre juridique général »¹⁴⁶⁷ et se présentent « comme la structure, les fondations, la colonne vertébrale »¹⁴⁶⁸ du droit des contrats (**A.**). En effet, leur « portée pluridisciplinaire »¹⁴⁶⁹ irradie le Code, confortant sa position de réceptacle du droit commun. En retour, ces définitions acquièrent l'aura qui nimbe le Code (**B.**).

A. L'établissement de l'ordre juridique général du droit des contrats

255. *La création d'une classification.* La définition légale insérée dans le Code civil donne naissance à un concept fondamental, la catégorie, qui vient structurer le système juridique et « faciliter le repérage du savoir juridique »¹⁴⁷⁰. Cela signifie que la classification donne des clefs de connaissance et de compréhension du droit car les catégories sur lesquelles elle repose « permettent de saisir, de produire, de communiquer et de manier les objets qu'il [le droit] doit régir et auxquels il doit s'appliquer »¹⁴⁷¹. Comment se traduit concrètement cette connaissance ?

¹⁴⁶⁶ V. *infra* n^{os} 323 et s. ; n^{os} 345 et s.

¹⁴⁶⁷ BERGEL (J.-L.). « Typologie des définitions dans le Code civil », *art. préc.*, p. 35.

¹⁴⁶⁸ MEKKI (M.). « Les dispositions liminaires », *art. préc.*, p. 16.

¹⁴⁶⁹ BERGEL (J.-L.). *Ibid.*

¹⁴⁷⁰ CUMYN (M.). « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *C. de D.*, sept. 2011, vol. 52, n^{os} 3-4, p. 371.

¹⁴⁷¹ BERGEL (J.-L.). *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 225, n^o 169.

Comme nous l'avons mentionné, une définition ne peut se comprendre seule et doit être rapprochée d'autres définitions qui renvoient à d'autres concepts ou notions. En effet, « toute définition juridique est ensuite prise dans un ensemble conceptuel dont elle ne peut être isolée sans perdre toute signification, toute raison d'être. Elle est liée à une multitude de règles et à une multitude d'autres définitions »¹⁴⁷². Ce rapprochement va très souvent conduire à une opération de comparaison¹⁴⁷³ et permettre de définir le concept suivant le genre prochain et par rapport à une différence spécifique. Des divisions vont petit à petit être établies pour donner naissance, à terme, à une classification¹⁴⁷⁴. Cette construction permet, traditionnellement, de « ranger » les situations pratiques dans les catégories correspondantes qui « n'ont d'autre valeur que celle que leur confèrent les réalités qu'elles prétendent traduire »¹⁴⁷⁵. Ces catégories, « pur procédé intellectuel »¹⁴⁷⁶, résultant de l'opération définitoire, n'ont alors d'existence qu'à travers leur mise en pratique.

Prenons l'exemple qui nous intéresse ici. Le contrat est une catégorie juridique défini comme étant « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹⁴⁷⁷, ou comme étant « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation »¹⁴⁷⁸. S'il peut être commutatif ou aléatoire, synallagmatique ou unilatéral, le contrat peut également être de gré à gré, c'est-à-dire dont « les stipulations sont négociables entre les parties »¹⁴⁷⁹. Or, cette espèce de contrat se distingue du contrat d'adhésion qui, bien qu'il soit un genre appartenant à la catégorie de contrat, se différencie spécifiquement du contrat de gré à gré. L'opposition contrat de gré à gré/contrat d'adhésion constitue une division, une *summa divisio*¹⁴⁸⁰, qui dessine une frontière naturelle

¹⁴⁷² **ATIAS (C.)**. « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1094, n° 12. V. égal. : **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 489, n° 379.

¹⁴⁷³ **BERGEL (J.-L.)**. *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 240, n° 182 ; **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 493, n° 383.

¹⁴⁷⁴ **BALIAN (S.)**. *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique, op. cit.*, p. 132, n° 211.

¹⁴⁷⁵ **BERGEL (J.-L.)**. *Ibid.*, p. 237, n° 179.

V. égal. **WALINE (M.)**. « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. 1 : théorie générale du droit*, Bruxelles : Bruylant, Paris : Sirey, 1963, p. 359 ; **EISENMANN (C.)**. « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, t. 11, p. 25 ; **PARAIN-VIAL (J.)**. « La nature du concept juridique et la logique », *APD*, t. 11, 1966, p. 49.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ Art. 1101 C. civ.

¹⁴⁷⁸ Art. 1378 C.c.Q.

¹⁴⁷⁹ Art. 1110, al. 1 C. civ.

¹⁴⁸⁰ **BALIAN (S.)**. *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique, op. cit.*, p. 132, n° 212.

entre deux espèces de contrat. Ces deux catégories, ou sous-catégories, sont alternatives car reposent sur une antinomie¹⁴⁸¹. Cette antinomie constitue une division que Ray qualifierait de « parfaite »¹⁴⁸². Or, une telle classification alternative serait, aujourd'hui, loin d'être considérée comme parfaite et ferait très certainement l'objet de critiques¹⁴⁸³. Ceci dit, au même titre que les définitions, quelle classification peut se targuer d'être irréprochable ? Les premières classifications des contrats proposées par le Code Napoléon sont loin d'être exemptes de toute critique et peuvent donner lieu à des ambiguïtés, et sont parfois sources d'hésitation¹⁴⁸⁴.

256. Le rattachement à un régime. La classification constitue donc le point de départ de « l'analyse du donné légal »¹⁴⁸⁵. Cette analyse consiste, ensuite, à attribuer aux données de la situation observée le régime juridique adéquat. Or, on l'aura compris, la définition n'a pas vocation à s'appliquer seule. Elle s'insère dans un réseau de règles qui composent le régime juridique attaché à ladite définition. Une fois ses effets juridiques déployés¹⁴⁸⁶, cette dernière va atteindre son plein potentiel pédagogique, voire, pour être plus précis, opératoire¹⁴⁸⁷. Pour ce faire, la définition fait place à l'opération de qualification qui consiste à rattacher un acte, un fait ou un phénomène à une catégorie juridique afin que cette dernière déclenche l'application du régime adéquat¹⁴⁸⁸. En d'autres termes, la qualification permet d'attribuer à un acte ou à un fait juridique les traits distinctifs retenus par la définition. En effet, c'est bien la définition qui fixe les frontières de la catégorie dont la qualité se mesure à la pertinence de la définition¹⁴⁸⁹. « La définition légale, écrit Cornu, est la donnée de base à laquelle se réfère nécessairement l'opération intellectuelle de qualification [...] »¹⁴⁹⁰. Partant, la définition devient « une norme de qualification »¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸¹ **BERGEL (J.-L.)**. *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 244, n° 189. V. égal. **REVET (T.)**. « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *RDC*, juin 2018, n° H.-S., p. 7, n° 5.

¹⁴⁸² **RAY (J.)**. *Essai sur la structure logique du Code civil français*, op. cit., p. 225.

¹⁴⁸³ **FENOUILLET (D.)**. « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 365, n° 30.

¹⁴⁸⁴ **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé*, op. cit., p. 104-105, n° 65 : l'auteur explique que l'articulation non pas de deux espèces au sein d'une même classification, mais de deux espèces au sein de deux classifications différentes peut parfois être difficile comme c'est le cas de l'articulation entre la qualification de contrat synallagmatique et de contrat à titre gratuit. L'auteur se demande si les deux définitions sont vraiment compatibles.

¹⁴⁸⁵ **BALIAN (S.)**. *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique*, op. cit., p. 132, n° 212.

¹⁴⁸⁶ **BALIAN (S.)**. *Ibid.*, p. 125, n° 199.

¹⁴⁸⁷ **BERGEL (J.-L.)**. *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 236, n° 178.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 239, n° 181.

¹⁴⁸⁹ **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé*, op. cit., p. 490, n° 380.

¹⁴⁹⁰ **CORNU (G.)**. « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 1181.

¹⁴⁹¹ **SCHMIT (L.-M.)**. *Ibid.*

Si l'acte ou le fait juridique correspond aux critères de ladite définition, ils se verront appliquer le régime approprié. La définition et la qualification sont donc inséparables : la définition ne peut pleinement déployer ses effets sans la qualification et cette dernière ne peut être pleinement opérationnelle si la définition est boiteuse. La qualification donne à la définition une consistance certaine en appliquant ses critères *in concreto*, c'est-à-dire à un cas d'espèce. A défaut, la définition demeure une donnée potentielle *in intellectu*, une référence, une réserve¹⁴⁹².

L'article 1110, alinéa 2 du Code civil, tout comme l'article 1379 du Code civil du Québec, conduisent à l'application, entre autres, des articles 1171 et 1190, pour la France, et 1432 à 1437 pour le Québec dès lors qu'un ensemble de clauses n'a pas été négocié et a été déterminé à l'avance par l'une des parties ou lorsque les stipulations essentielles « ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions » et que lesdites stipulations n'ont pu être librement discutées. Condensées en une seule phrase, ces deux définitions résument « d'un trait un pan du droit tout entier »¹⁴⁹³. Pouvant être comparés aux articles 578 du Code civil¹⁴⁹⁴ et 1120 du Code civil du Québec¹⁴⁹⁵ (similaires en tout point) qui donnent une définition de l'usufruit, les articles 1110, alinéa 2 du Code civil et 1379 du Code civil du Québec fondent, sur la base de deux critères saillants, l'entier droit du contrat d'adhésion¹⁴⁹⁶. Même si ces définitions peuvent être critiquées car bancales, inopportunes ou incomplètes, l'on ne peut nier l'articulation harmonieuse et cohérente de la définition avec son régime juridique. Qui plus est, et parce qu'elles sont de droit commun, ces deux définitions entraînent également l'application des règles du droit spécial de la consommation français et québécois, et celles du droit des pratiques restrictives de concurrence pour la France. Se posera, à ce moment-là, la question de l'articulation entre les dispositions du droit commun et celles des droits spéciaux, sur laquelle nous reviendrons longuement dans notre seconde partie¹⁴⁹⁷. Cependant, nous pouvons d'ores et déjà attester du « rayonnement externe des définitions »¹⁴⁹⁸ comprises

¹⁴⁹² CORNU (G.). *Ibid.*

¹⁴⁹³ DOCKES (E.). « Essai sur la notion d'usufruit », *art. préc.*, p. 479.

¹⁴⁹⁴ Art. 578 C. civ. : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

¹⁴⁹⁵ Art. 1120 C. c. Q. : « L'usufruit est le droit d'user et de jouir, pendant un certain temps, d'un bien dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance ».

¹⁴⁹⁶ DOCKES (E.). *Ibid.*, p. 480.

¹⁴⁹⁷ V. *infra* n^{os} 490 et s.

¹⁴⁹⁸ SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 483, n^o 375.

dans le Code civil. Parce que les droits de la consommation français et québécois, et le droit des pratiques restrictives de concurrence français, ne proposent aucune définition du contrat d'adhésion, cette dernière, par extension, va s'appliquer aux dispositions concernées de ces matières. Se faisant, elle répond aux canons de la loi que l'on est censé retrouver dans le Code civil. En ce sens, la définition du contrat d'adhésion renoue avec la généralité qui caractérise le Code civil en lui permettant de se recentrer et d'être, à nouveau, la matrice du droit civil¹⁴⁹⁹, le réceptacle du « droit commun vivant »¹⁵⁰⁰. En effet, la définition du contrat d'adhésion tempère l'éclatement du droit des contrats en ramenant dans le giron du droit commun les règles du droit de la consommation français et québécois, et celles du droit des pratiques restrictives de concurrence susceptibles d'être appliquées à un contrat d'adhésion. Il en va également, pour prendre un autre exemple, de l'article 1384 du Code civil du Québec qui définit le contrat de consommation¹⁵⁰¹. En effet, la Loi sur la protection du consommateur ne propose aucune définition de ce contrat qu'elle encadre, pourtant. Or, une telle configuration permet d'étendre le rayonnement de l'article 1384 du Code civil à la L.P.C., mais surtout de rattacher le droit de la consommation au droit civil ; de ramener la législation consumériste dans le rayon du Code civil.

257. La traduction de l'orientation de la matière. L'on comprend donc que la classification est essentielle à l'agencement des catégories qui structurent la réalité juridique et qui permettent d'associer, à chaque situation concrète, le régime juridique adéquat. Tel est le propre de l'opération de classification et de l'élaboration des catégories. Cependant, la professeure Cumyn reconnaît que cette définition communément partagée est restrictive¹⁵⁰². Aux yeux de l'auteure, une catégorie juridique ne se résume pas seulement à un trait d'union entre une situation factuelle et le régime juridique qui lui est applicable¹⁵⁰³. Une catégorie juridique transporte également tout un bagage historique, politique et

¹⁴⁹⁹ **MEKKI (M.)**. « Le modèle de la loi au sein du Code civil », in *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, REVET (T.) (dir.), Coll. Biblio. de l'institut André Tunc, Paris : LGDJ, 2005, p. 26-27.

¹⁵⁰⁰ **CORNU (G.)**. « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris : Dalloz, 1965, p. 168.

¹⁵⁰¹ Art. 1384 C.c.Q. : « Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite ».

¹⁵⁰² **CUMYN (M.)**. « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *art. préc.*, p. 371.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

philosophique. Elle traduit un contexte social et transpose une culture juridique qui n'est pas sans conséquence sur la mobilisation de la catégorie dans un cas pratique. S'il décidait d'employer ladite catégorie, le juriste aurait accès à différents éléments d'information qui lui permettraient de s'assurer d'une application pertinente de la catégorie et de son régime à une situation concrète. Cette conception n'est pas non plus sans influence sur la classification. En effet, la professeure Cumyn lui attache une portée normative en ce que l'ossature permet de mesurer l'orientation de la matière¹⁵⁰⁴. Rarement neutre, la classification laisse entrevoir les choix politiques opérés par le législateur dans l'élaboration de la structure.

Une telle appréhension de la classification trouve une résonance particulière lorsque nous pensons à la notion de contrat d'adhésion devenue catégorie juridique insérée dans les classifications française et québécoise du droit des contrats. L'insertion de cette catégorie au sein de ces classifications atteste du choix des deux législateurs de reconnaître la réalité contractuelle contemporaine, de prendre en considération la situation de vulnérabilité dans laquelle certains contractants peuvent se trouver et d'apporter les correctifs nécessaires au déséquilibre dont peuvent souffrir lesdits contractants. Elle donne accès aux données historiques, philosophiques et sociales qui constituent le discours sous-jacent véhiculé par la catégorie. En y étant associé, le régime juridique permet de répondre à l'objectif de protection commandé par la catégorie de contrat d'adhésion. En conséquence, la nouvelle classification du droit français et québécois des contrats conforte le glissement opéré par la théorie générale du contrat, désormais fracturée entre, d'un côté, la théorie classique du contrat et de l'autre, la théorie du contrat d'adhésion. En ce sens, elle traduit la nouvelle orientation donnée au droit des contrats qui cherche désormais à tendre vers une plus grande justice contractuelle.

258. Finalement, une telle expansion de la définition du contrat d'adhésion conforte le Code civil dans sa position de, ce que l'on a pu appeler, « code pilote »¹⁵⁰⁵. Sans aucun doute, ce dernier est-il le collecteur des notions essentielles qui structurent notre droit et auxquelles les « codes suiveurs » vont se référer puisque ne proposent pas, de fait, de

¹⁵⁰⁴ CUMYN (M.). « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », *art. préc.*, p. 372.

¹⁵⁰⁵ BRAIBANT (G.). « Problèmes actuels de la codification française », *Rev. fr. dr. adm.*, juill. 1994, n° 4, p. 666.

définition du contrat d'adhésion. Inversement, l'originalité de l'œuvre de codification va conférer d'autant plus de légitimité à la définition du contrat d'adhésion.

B. L'extension de la dimension symbolique du Code à ses dispositions

259. *Le Code civil, un corpus original.* Décider d'inclure ou d'exclure une définition dans un Code, et plus particulièrement dans le Code civil, n'est pas le fruit du hasard et le choix, loin d'être neutre¹⁵⁰⁶. Une fois incluse dans le Code, ce dernier va insuffler à la définition un peu de son esprit et de son prestige¹⁵⁰⁷. Cela se traduit à travers une opération de légitimation¹⁵⁰⁸. En insérant la définition du contrat d'adhésion dans le Code civil français et le Code civil du Québec, les législateurs français et québécois cherchent à conforter l'autorité de la notion et à densifier sa force normative tout en lui permettant de mûrir et d'être au plus près des dispositions encadrant les relations civiles¹⁵⁰⁹. De fait, « l'inclusion d'un texte dans un Code lui donne davantage de poids moral »¹⁵¹⁰. En plus de se voir conférer un poids moral conséquent, la notion de contrat d'adhésion connaît ici un « accroissement de sa valeur juridique »¹⁵¹¹ puisque sa codification entraîne un « changement de son statut »¹⁵¹². D'une notion doctrinale, le contrat d'adhésion devient une notion légale. Mais comment expliquer cette légitimation ? Qu'est-ce que le Code civil, sinon un assemblage plus ou moins cohérent et harmonieux de règles, anciennes et nouvelles, régulant les relations entre les citoyens ? En fait, le Code civil, tant québécois que français, est bien plus que cela. C'est un « lieu de mémoire »¹⁵¹³, un écrin qui contient le projet social d'une société. En ce sens, le Code civil symbolise un certain discours juridique, dans notre cas précis, un discours contractuel. C'est ainsi que le Code remplit une « fonction

¹⁵⁰⁶ **ROBINEAU (M.)**. « Codification et densification(s) normative(s) », in *La densification normative : découverte d'un processus*, THIBIERGE (C.) (dir.), Paris : Mare & Martin, 2013, p. 276.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.* ; **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 483, n° 375 ; **CÔTE (P.-A.), BEAULAC (S.), DEVINAT (M.)**. *Interprétation des lois, op. cit.*, p. 60, n° 180 : « En retour, les codifications en droit civil québécois et français se caractérisent par la mission qui leur a été assignée : celle d'exprimer et d'établir le droit commun d'un système juridique, avec les exigences de généralité, de cohérence, et d'exhaustivité que cette fonction implique. Compte tenu de leurs dimensions juridique et symbolique, les codes civils ne peuvent se concevoir comme de simples reformulations du droit en vigueur » et p. 75, note de bas de page n° 69.

¹⁵⁰⁸ **ROBINEAU (M.)**. *Ibid.*, p. 276.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*

¹⁵¹⁰ **CABRILLAC (R.)**. « Le symbolisme des codes », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz-PUF-Ed. JCl, 1999, p. 212, n° 3.

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² **ROBINEAU (M.)**. *Ibid.*, p. 278.

¹⁵¹³ **CARBONNIER (J.)**. « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, NORA (P.) (dir.), Coll. Biblio. illustrée des Histoires, Paris : Gallimard, 1997, p. 295.

sociosymbolique de consécration »¹⁵¹⁴ en conférant aux dispositions qu'il renferme « une autorité particulière, ou au moins un prestige certain »¹⁵¹⁵. A ce stade, la codification devient un acte éminemment politique. De fait, les choix opérés par les codificateurs d'y inclure telle ou telle disposition traduisent juridiquement un acte politique¹⁵¹⁶.

260. Un symbole républicain. De tous les Codes édictés sous la direction de Napoléon, seul le Code civil est considéré comme étant « le Code ancêtre, le Code par excellence, le Code »¹⁵¹⁷. Il n'a d'égal que les codifications justiniennes d'antan et ne saurait être comparé aux autres codes. Le Code de commerce, ou le Code pénal, ne seraient que de pâles copies de leur grand frère. Cette aura mythique s'explique par le fait que le Code civil a été « historique dès sa naissance, parce qu'il a été mis au monde par un personnage qui déjà était acclamé comme faisant partie de l'histoire, comme faisant de l'histoire »¹⁵¹⁸. Le Code n'aurait pu exister sans la force motrice et la volonté ferme de Napoléon de parvenir au bout de ce projet titanesque, auparavant maintes fois reporté¹⁵¹⁹. Le Code civil a servi les conquêtes napoléoniennes¹⁵²⁰ ; a traversé les constitutions successives en restant intact¹⁵²¹ ; a survécu aux crises politiques en voyant sa légitimité être renforcée¹⁵²². Il est l'œuvre de compromis par excellence¹⁵²³, le symbole de l'unité intellectuelle de son époque¹⁵²⁴ et l'image du temps arrêté¹⁵²⁵. Aujourd'hui, l'on pourrait soutenir que le Code tire aussi son crédit de sa faculté d'adaptation continue aux changements de la société qu'il encadre.

¹⁵¹⁴ NIORT (J.-F.). « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », *Droits*, déc. 1996, n° 24, p. 142.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ CARBONNIER (J.). « Le Code civil », *art. préc.*, p. 295.

¹⁵¹⁸ CARBONNIER (J.). « Le Code civil », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2004, p. 20. V. égal. OPPETIT (B.). « De la codification », in *La codification*, BEIGNIER (B.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 1996, p. 14 : l'auteur reprend les deux critères énoncés par R. David assurant le succès de la codification : « qu'elle fût l'œuvre d'un souverain éclairé, désireux de consacrer les principes nouveaux de justice, de liberté et de dignité de l'individu, et qu'elle fût établie dans un grand pays, exerçant sur les autres une influence, conditions *sine qua non* pour assurer le renouvellement du système ».

¹⁵¹⁹ Plusieurs projets de codifications avaient été proposés puis discutés durant la période postrévolutionnaire mais tous furent avortés en raison d'une volonté politique essoufflée et lassée face à la valse continue de projets qui restèrent sans suite, et d'une charge de travail colossal qui démotivèrent même les plus convaincus. Portalis lui-même fut découragé soutenant que l'on pouvait espérer qu'un tel code soit mis sur pied dans « deux ou trois siècles » : MARTIN (X.). *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, Bouère : DMM, 2003, p. 147 et s. ; SERIAUX (A.). « Un temps pour codifier », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 1.

¹⁵²⁰ CARBONNIER (J.). « Le Code civil », *art. préc.*, p. 296-297.

¹⁵²¹ *Ibid.*, p. 309.

¹⁵²² *Ibid.*, p. 298.

¹⁵²³ *Ibid.*, p. 301.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 305.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 307.

Grâce à des formules frappées de généralité et des locutions presque proverbiales¹⁵²⁶, additionnées au travail des juges et aux réformes de fond successives qui s'avéraient être nécessaires, le Code civil a réussi à se mouvoir à travers les aléas du temps et les méandres des époques. Il possède le « prestige d'être le droit commun, détenant le lexique de mots souches et le stock de principes qui sont les sédiments de la mémoire juridique »¹⁵²⁷. « Livre canonique » d'une « valeur inestimable »¹⁵²⁸, le Code civil trouve alors sa place au panthéon des symboles républicains au côté de *La Marseillaise* et du drapeau tricolore¹⁵²⁹.

261. Un symbole culturel. Le Code civil tient également sa gloire et sa splendeur en ce qu'il a été un modèle de législation et d'organisation du droit, et plus spécifiquement du droit civil, pour d'autres pays, et plus particulièrement pour le Québec¹⁵³⁰. Le Code civil du Québec, et le Code civil du Bas-Canada avant lui, est un véritable symbole dont la dimension culturelle est d'autant plus marquée qu'elle résulte de l'attachement des juristes québécois, voire des Québécois en général, à leur Code. Le Code civil, au Québec, tient lieu de symbole de leur Histoire, de leurs origines, de leur appartenance à une culture latine et à un système de droit romano-germanique, de leur francophonie et francophilie. Bref, il est l'emblème de leur identité en tant que Nation à part entière dans une Amérique du Nord anglophone¹⁵³¹. Il n'est pas rare de lire aujourd'hui que l'idée de la codification des lois civiles du Bas-Canada fut également alimentée par des considérations politiques¹⁵³². En effet, le Code civil du Bas-Canada a été adopté en 1866, soit un an avant la signature de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 qui créa la Confédération canadienne. Partant, la codification empruntait une coloration nationaliste incontournable¹⁵³³ et était

¹⁵²⁶ V. *supra* n° 30.

¹⁵²⁷ **CARBONNIER (J.)**. « Le Code civil », *art. préc.*, p. 306.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 308.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, p. 299.

¹⁵³⁰ **BAUDOIN (J.-L.)**. « Les modèles du Code civil : l'exemple québécois », in *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, *op. cit.*, p. 518 ; **REVEY (T.)**. « Le Code civil comme modèle (synthèse) », in *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, *op. cit.*, p. 595-596.

¹⁵³¹ **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », *art. préc.*, p. 61 ; **YOUNG (B.)**. « Overlapping identities : the Quebec Civil Code of 1866, its reception and interpretation », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁵³² **CARON (M.)**. « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », in *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil (I)*, BOUCHER (J.), MOREL (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1970, p. 6 ; **CREPEAU (P.-A.)**. « Préface », in *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil (I)*, *op. cit.*, p. xv ; **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 58 ; **MORIN (M.)**. « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵³³ **NIORT (J.-F.)**. « “Notre droit civil...” : quelques remarques sur l'interprétation du Code civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », *art. préc.*, p. 191.

même perçue comme l'incarnation d'un nationalisme légal naissant¹⁵³⁴ ayant pour objectif de protéger le droit civil canadien d'origine française contre tout risque d'assimilation à la *common law* britannique¹⁵³⁵. Le 1^{er} août 1866, date de l'adoption du Code, est sans aucun doute une « date mémorable »¹⁵³⁶ dans l'histoire du droit québécois qui voit son attachement à la tradition juridique française être reconnu et renforcé. Le Code civil du Bas-Canada était donc perçu comme le trait d'union entre le droit canadien et la tradition juridique française¹⁵³⁷, « comme un tel monument à la gloire de la culture juridique française, comme un tel bastion à la défense du droit civil français, qu'il pourrait, tel un mur de Chine¹⁵³⁸, résister à toute attaque de l'extérieur »¹⁵³⁹ et empêcher, notamment, l'infiltration de la *common law* au sein du droit civil¹⁵⁴⁰. Il était essentiel pour les canadiens-français de l'époque, juristes comme citoyens, « d'établir un lien direct avec l'Ancien droit français »¹⁵⁴¹ afin « d'affirmer la fidélité des Québécois à leurs origines. Dans cette perspective, le droit était présenté comme un héritage, et le code comme une charnière »¹⁵⁴². Bien que le Code civil québécois se soit petit à petit détaché du Code civil français à mesure que son droit civil gagnait en indépendance et en autonomie, et qu'il s'en soit finalement peu inspiré lors de sa réforme¹⁵⁴³, il reste que le Code Napoléon apparaît comme le cordon qui rapproche le Vieux-Continent de la Belle Province pour ne jamais être sectionné.

262. Une vitrine sociale. Le Code, « constitution civile » pour la France, « contrat social »¹⁵⁴⁴ pour le Québec, est un discours législatif qui rassemble et conserve les idées

¹⁵³⁴ **BRIERLY (J.E.C.)**. « Quebec's Civil Law Codification : viewed and reviewed », *art. préc.*, p. 528.

¹⁵³⁵ Si cette lecture du processus de codification fait sens en 1866, c'est-à-dire à la fin des travaux de codification et à l'approche de la signature de l'Acte de 1867, elle ne peut être défendue en 1857, soit dix ans avant la signature dudit Acte, v. **BRIERLY (J.E.C.)**. « Quebec's Civil Law Codification : viewed and reviewed », *art. préc.*, p. 529 et s.

¹⁵³⁶ **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », *art. préc.*, p. 43.

¹⁵³⁷ *Ibid.* ; **BAUDOIN (J.-L.)**. « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », *art. préc.*, p. 15-16 ; **HALPERIN (J.-L.)**. « Deux cents ans de rayonnement de Code civil français ? », *C. de D.*, mars-juin 2005, vol. 46, n^{os} 1-2, p. 243 ; **YOUNG (B.)**. « Overlapping identities : the Quebec Civil Code of 1866, its reception and interpretation », *art. préc.*, p. 259.

Selon B. Young, le symbolisme du Code civil du Bas-Canada s'apprécie également à l'aune de son universalisme et de son ouverture à d'autres cultures juridiques. Cette ouverture d'esprit explique la position des juristes québécois face à la notion de droit commun – ce que nous verrons plus en détails dans la seconde partie de cette étude (p. 262).

¹⁵³⁸ Mignault emploie l'expression de « muraille » (**MIGNAULT (P.-B.)**. « Les rapports entre le droit civil et la "common law" au Canada, spécialement dans la province de Québec », *R. du D.*, déc. 1932, n^o 15, p. 206).

¹⁵³⁹ **CREPEAU (P.-A.)**. « Préface », *art. préc.*, p. xvi.

¹⁵⁴⁰ **ROY (F.)**. « Des contrats », *art. préc.*, p. 269 ; **PERRET (L.)**. « L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », *art. préc.*, p. 726.

¹⁵⁴¹ **NORMAND (S.)**. « La codification de 1866 : contexte et impact », *art. préc.*, p. 60.

¹⁵⁴² *Ibid.*

¹⁵⁴³ **BAUDOIN (J.-L.)**. « Les modèles du Code civil : l'exemple québécois », p. 520 ; **REVEL (T.)**. « Le Code civil comme modèle (synthèse) », p. 602.

¹⁵⁴⁴ **REMILLARD (G.)**. « Le nouveau Code civil : un véritable contrat social », *art. préc.*, p. 283.

philosophiques d'un pays, les valeurs d'une société et de son temps¹⁵⁴⁵. « Montrez-moi votre code, pourrait-on dire, et je vous dirais qui vous êtes ! »¹⁵⁴⁶. Le Code civil, qu'il soit français ou québécois, est le relais des différents discours que le droit produit. Il devient alors la vitrine des valeurs sociales d'une époque et de sa société¹⁵⁴⁷. En traduisant le discours législatif en formules plus ou moins souples et malléables, le Code civil établit une cohérence et favorise la stabilité des valeurs qu'il affiche. Cela est particulièrement vrai du principe de justice en général, et de la justice contractuelle en particulier. Selon Madame Longtin, « codification » et « justice » sont deux notions qui mériteraient d'être plus souvent associées car elles présentent des points communs¹⁵⁴⁸. Au même titre que la justice prise dans son acception générale, la codification recherche l'ordre et l'harmonie. Mais plus spécifiquement, cette dernière se veut également être un guide vers le juste¹⁵⁴⁹. « Toute codification se voulant le reflet d'une certaine conception de la justice, écrit le professeur Poughon, force est pour le législateur de se forger une conception de la justice »¹⁵⁵⁰. Par ses formulations impartiales ou à travers ses dispositions floues qui nécessitent l'interprétation du juge, le code donne une certaine définition de la justice ou du moins, oriente la définition que l'on peut avoir de la justice à un moment donné. C'est pourquoi la révision profonde du Code s'avère, au bout d'un certain temps, nécessaire, voire inéluctable. Cette dernière permet à la « constitution civile » d'être au diapason des valeurs contemporaines partagées et revendiquées par la société¹⁵⁵¹. A défaut, le code ne serait plus une vitrine idéale mais deviendrait un « musée d'antiquités »¹⁵⁵². En ce sens, et sans faire table rase du passé et des valeurs « traditionnelles », les réformes du droit des contrats français et québécois inaugurent de nouveaux principes et de nouvelles valeurs. Dans le cas qui nous intéresse ici, elles offrent la possibilité de définir autrement le principe de justice contractuelle.

¹⁵⁴⁵ **CABRILLAC (R.)**. « Le symbolisme des codes », *art. préc.*, p. 214, n° 6 ; **LONGTIN (M.-J.)**. « La codification comme élément ou source de justice », *C. de D.*, sept. 2001, vol. 42, n° 3, p. 673.

¹⁵⁴⁶ **CREPEAU (P.-A.)**. « Une certaine conception de la recodification », *art. préc.*, p. 28.

¹⁵⁴⁷ **CHAMBERLAND (J.)**. « Le discours inaugural du sous-ministre de la Justice », in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 1 ; **CORNU (G.)**. « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *Codification : valeurs et langage*, Actes du colloque international de droit civil comparé, Québec : Service des communications du Conseil, 1985, p. 31 ; **CREPEAU (P.-A.)**. « Le Code civil : Reflet des valeurs sociales d'un peuple », *Assurances*, 1982, vol. 1, p. 53 ; **PINEAU (J.)**. « Codification : langage et interprétation », in *Codification : valeurs et langage*, *op. cit.*, p. 87 ; **SPARER (M.)**. « Le Code civil : une vitrine pour nos valeurs », in *Codification : valeurs et langage*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁴⁸ **LONGTIN (M.-J.)**. « La codification comme élément ou source de justice », *art. préc.*, p. 669.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 671.

¹⁵⁵⁰ **POUGHON (J.-M.)**. « Justice et codification », *C. de D.*, sept. 2001, vol. 42, n° 3, p. 749.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 737 et s.

¹⁵⁵² **CREPEAU (P.-A.)**. « Le Code civil : Reflet des valeurs sociales d'un peuple », *art. préc.*, p. 54.

L'insertion de la définition du contrat d'adhésion, l'accueil d'une règle permettant de lutter contre les clauses abusives, ou encore la reconnaissance de l'interprétation *contra proferentem* sont autant d'indications d'une évolution du discours contractuel et du sens que l'on peut désormais donner à la justice contractuelle¹⁵⁵³.

263. *Les symboles dans le Code.* Le Code civil est un véritable « livre-symbole »¹⁵⁵⁴. Cela peut expliquer pourquoi la doctrine française s'est insurgée contre la réforme du droit des contrats qui devait prendre la forme d'une ordonnance. Comment oser toucher à un tel monument sans avoir recours à la loi¹⁵⁵⁵ ? Partant, le mythe d'un tel contenant ne peut qu'exercer une influence sur son contenu¹⁵⁵⁶, les frontières entre un contenant et son contenu étant extrêmement poreuses, voire étroitement imbriquées. « Tout n'est pas symbole » dans le Code civil « mais des symboles s'y dressent »¹⁵⁵⁷. D'un « livre-symbole », le Code civil devient un « livre de symboles »¹⁵⁵⁸. Certaines dispositions se détachent pour « pénétrer l'imaginaire collectif »¹⁵⁵⁹ et se voir couronner d'une aura symbolique. C'est notamment le cas des définitions¹⁵⁶⁰. Ces dernières répondent d'un certain esthétisme et bien souvent, leur formulation laconique frappe les esprits pour y rester gravée. Les définitions bénéficient alors de « l'effet écrivain »¹⁵⁶¹, c'est-à-dire que « par ricochet, les définitions codifiées se verront auréolées d'un prestige proportionnel à celui du Code »¹⁵⁶². Ces définitions vont alors devenir les « emblèmes »¹⁵⁶³, voire les « pierres de touche »¹⁵⁶⁴, du Code d'autant plus qu'elles feront l'objet d'une communication, autant politique que doctrinale, fréquente et fournie¹⁵⁶⁵.

Toutes ces caractéristiques sont remplies par la définition du contrat d'adhésion, que ce soit celle contenue à l'article 1110, alinéa 2 du Code civil ou à l'article 1379 du Code civil du Québec. La définition du contrat d'adhésion est en passe de devenir un symbole et

¹⁵⁵³ LONGTIN (M.-J.). « La codification comme élément ou source de justice », *art. préc.*, p. 676-677.

¹⁵⁵⁴ CARBONNIER (J.). « Le Code civil », *art. préc.*, p. 305.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 309.

¹⁵⁵⁶ ROBINEAU (M.). « Codification et densification(s) normative(s) », *art. préc.*, p. 277.

¹⁵⁵⁷ CARBONNIER (J.). « Le Code civil », *art. préc.*, p. 309.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 305.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 309.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 310.

¹⁵⁶¹ SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 484, n° 376.

¹⁵⁶² *Ibid.*, p. 485.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, p. 485, n° 377.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 467.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 485-487.

d'entrer dans la postérité en ce qu'elle a fait, fait et fera encore l'objet de débats doctrinaux qui vont nourrir la réflexion autour des critères de la notion et, très prochainement, de son application. Potentiellement incontournable, la notion est chargée d'histoire et d'idées. Elle est l'emblème représentatif de la lutte pratique et doctrinale contre l'inégalité contractuelle. Sa portée est d'autant plus significative que la définition se trouve, en tout cas pour le Code civil français, dans un chapitre liminaire. Cette définition compte donc parmi les dispositions qui jalonnent l'interprétation à venir des textes du droit des contrats, autant commun que spécial, et mettent en exergue les principes fondamentaux qui irriguent lesdits textes¹⁵⁶⁶. Que l'on soit favorable, ou non, à son intégration, que l'on regrette que seul un ou deux articles fassent référence au contrat d'adhésion, l'on ne peut nier que l'introduction de cette notion au sein du Code civil a retenu l'attention, et que sa formulation a marqué les esprits. Ainsi, nous pouvons penser que, de par les réflexions, indulgentes ou sévères, qu'elle engendre, la définition du contrat d'adhésion suscite la curiosité et éveille l'imagination des juristes. C'est pourquoi nous pouvons croire que cette définition a bel et bien une portée symbolique, à tout le moins en devenir.

264. Mais de quoi la définition est-elle le symbole ? Quel idéal cherche-t-elle à traduire ? A quelle image renvoie-t-elle dans l'imagination des juristes, et plus largement des justiciables ? La définition du contrat d'adhésion est, en fait, le réceptacle des grands principes et valeurs que porte en bannière le nouveau droit des contrats, et qui « viendraient revitaliser le droit civil et habiter les citoyens »¹⁵⁶⁷. Le lien consubstantiel entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle brille, ici, à son apogée car qui pourrait renverser un symbole contenu dans le Code civil ?

* * *

Conclusion de la section 1 :

265. La fonction pédagogique de la notion de contrat d'adhésion s'illustre, tout d'abord, à travers la dimension doctrinale de la définition du contrat d'adhésion. Cette dernière renferme les différentes strates intellectuelles accumulées au fil des ans et au fur et à mesure

¹⁵⁶⁶ **ROBINEAU (M.)**. « Codification et densification(s) normative(s) », *art. préc.*, p. 275.

¹⁵⁶⁷ **CORNU (G.)**. « Réflexions en attendant le tricentenaire », in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2004, p. 713.

de l'affinement de la pensée doctrinale à propos des caractéristiques les mieux à même de définir le contrat d'adhésion. Les différentes définitions élaborées par la doctrine depuis 1901 constituent, ensuite, une réelle source d'inspiration pour le législateur qui voit être mis à sa disposition un fonds doctrinal fourni prêt à l'accompagner dans la confection de la définition légale du contrat d'adhésion. Cette définition, volontairement inachevée et imparfaite, va ensuite donner naissance à la catégorie de contrat d'adhésion que l'on retrouve dans la classification contemporaine des contrats et que l'on oppose à une autre catégorie, le contrat de gré à gré. Cette classification, qui permet d'organiser l'ordre juridique contractuel et lui conférer une certaine homogénéité, va faciliter l'opération de qualification d'un acte. La qualification va alors donner une consistance à la définition qui, sinon, resterait abstraite. L'opération de qualification d'un acte en contrat d'adhésion mobilisera l'application du régime adéquat non seulement de droit commun mais également des règles contenues dans les différents droits spéciaux. Grâce à l'insertion de la définition dans des corpus aussi prestigieux que les Codes civils français et québécois, la notion de contrat d'adhésion bénéficiera de l'aura qui entoure ces « livres-symboles » pour, à son tour, devenir un symbole ; le symbole d'un discours idéologique nouveau.

*

*

*

Section 2 : Le renouvellement de la compréhension du principe de justice contractuelle

266. Nous venons de voir que la définition du contrat d'adhésion, aussi imparfaite soit-elle, fixe une catégorie juridique et conduit à l'application d'un régime idoine. Cela fait d'elle une définition technique¹⁵⁶⁸. Or, nous avons pareillement souligné que la définition du contrat d'adhésion transporte un bagage ontologique conséquent en raison de son origine doctrinale. Partant, le message que la définition véhicule n'est pas seulement technique : il est également idéologique¹⁵⁶⁹. En ce sens, les définitions des articles 1110, alinéa 2 du Code civil et 1379 du Code civil du Québec sont aussi, et surtout, des définitions politiques¹⁵⁷⁰. Il est indéniable que ces deux définitions « ouvrent des vues, orientent, déploient des perspectives [...] »¹⁵⁷¹. Elles traduisent en termes juridiques les raisons politiques qui ont conduit le législateur à les adopter. De fait, nous savons que le législateur, français comme québécois, avait pour objectif de protéger la partie contractante la plus faible et de remédier aux inégalités contractuelles. Dès lors, la définition du contrat d'adhésion, et par extension, les dispositions qui composent son régime, deviennent l'enseigne d'une politique contractuelle qui se veut plus juste. En conséquence, et comme l'a justement relevé M. Schmit à propos de l'orientation de la réforme du droit des contrats français, « certaines dispositions sont le réceptacle des orientations de la réforme qui sont en passe de reconfigurer pour partie la physionomie du Code civil »¹⁵⁷². L'auteur précise qu' : « à cet égard, la définition de la clause abusive marque l'immixtion en droit commun d'un mécanisme emblématique du droit de la consommation ». De même, ajoute-t-il, « la définition du contrat d'adhésion, outre qu'elle en affirme la nature contractuelle, marquerait l'intégration dans le Code des contrats structurellement déséquilibrés »¹⁵⁷³. Un tel constat peut être facilement transposable à la réforme du droit des contrats québécois.

¹⁵⁶⁸ **CORNU (G.)**. « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 1184 ; **DANIS-FÂTOME (A.)**. « La définition légale », in *Liber amicorum, études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ, 2008, p. 278, n° 5.

¹⁵⁶⁹ **ATIAS (C.)**. « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *art. préc.*, p. 1095, n° 12.

¹⁵⁷⁰ **CORNU (G.)**. *Ibid* ; **BERGEL (J.-L.)**. « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *art. préc.*, p. 1133 ; **DANIS-FÂTOME (A.)**. *Ibid.*, p. 280, n° 8.

¹⁵⁷¹ **CORNU (G.)**. *Ibid.*

¹⁵⁷² **SCHMIT (L.-M.)**. *Les définitions du droit privé, op. cit.*, p. 191, n° 132.

¹⁵⁷³ *Ibid.*

267. La définition du contrat d'adhésion, en déclenchant de telles conséquences sur la « physionomie » du Code, va gonfler les traits du principe de justice contractuelle en redessinant ses contours. À défaut d'être, à lui seul, le symbole de la « nouvelle moralité contractuelle » québécoise (§ 1), le contrat d'adhésion conduit indéniablement à un enrichissement de la justice contractuelle (§ 2).

§ 1 : La notion de contrat d'adhésion : le symbole pauvre de la « nouvelle moralité contractuelle » québécoise

268. Les propos qui vont suivre vont plus particulièrement concerner le droit des contrats québécois dans lequel l'expression de « nouvelle moralité contractuelle » trouve ses origines. Certes, le droit des contrats français n'est pas insensible à la question de la moralité contractuelle¹⁵⁷⁴. Preuve en est de l'expression qui se retrouve sous la plume de certains auteurs de doctrine¹⁵⁷⁵, notamment celle du professeur Mazeaud¹⁵⁷⁶. Cependant, le lien entre cette moralité contractuelle et la notion de contrat d'adhésion est moins pertinent en droit français qu'en droit des contrats québécois¹⁵⁷⁷. Comme nous l'avons précédemment étudié, la notion de contrat d'adhésion s'inscrit plus spécifiquement dans le discours solidariste français¹⁵⁷⁸.

Instamment populaire au Québec, l'expression de « nouvelle moralité contractuelle » connut une désescalade tout aussi rapide. Indubitablement noble, l'idée de moralité contractuelle est frappante et vive, mais sa concrétisation se révèle être délicate et

¹⁵⁷⁴ **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**. « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 37 : l'auteure reprend telle qu'elle l'expression.

¹⁵⁷⁵ **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1949, p. 30, n° 19 ; **JOURDAIN (P.)**. « Rapport français », in *La bonne foi (journées louisianaises)*, TAHC, t. 43, Paris : Litec, 1992, p. 121 ; **LECLERCQ (N.-C.)**. « L'éthique dans les contrats », in *Variations sur l'éthique, hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles : PUB, 1994, p. 488.

¹⁵⁷⁶ **MAZEAUD (D.)**. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF-Dalloz-JurisClasser, 1999, p. 603, n° 2 ; **MAZEAUD (D.)**. « Regards prospectifs sur "le nouveau monde contractuel" », *Petites Affiches*, mai 2004, n° 92, p. 49, n° 5 ; **MAZEAUD (D.)**. « Le juge et le contrat : variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris : Dalloz, 2005, p. 238, n° 5 ; **MAZEAUD (D.)**. « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris : Dalloz, 2006, p. 372, n° 4, p. 372, n° 6 et p. 382, n° 15 ; **MAZEAUD (D.)**. « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », in *Au-delà des codes, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Paris : Dalloz, 2011, p. 439.

¹⁵⁷⁷ Cela ne signifie pas que ce lien n'existe pas. Reste qu'il a été saisi d'une façon différente par la doctrine française qui a toujours été méfiante vis-à-vis de l'interaction entre le droit et la morale. **BERLIOZ (G.)**. *Le contrat d'adhésion*, op. cit., p. 112 et s., spéc. p. 117, n° 226 ; **RIPERT (G.)**. *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 97 et s. ; **GALBOIS-LEHALLE (D.)**. *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, op. cit., p. 301, n° 521.

¹⁵⁷⁸ V. *supra* n°s 49 et s. ; n°s 82 et s.

sinieuse si bien que son destin fut rapidement contrarié. La réalisation concrète du potentiel philosophique contenu dans l'expression s'apparente à un acte manqué de la part du législateur québécois qui ne pouvait espérer faire supporter à la notion de contrat d'adhésion le poids d'un tel renouvellement de la théorie du contrat (A.). Cependant, et à l'avenir, la confirmation de la « nouvelle moralité contractuelle » par le biais du contrat d'adhésion n'est pas inimaginable comme peut le laisser entrevoir la saga *Churchill Falls* (B.).

A. La portée relative du contrat d'adhésion dans l'affirmation de la « nouvelle moralité contractuelle »

269. Expression désormais familière du paysage contractuel québécois, la formule de « nouvelle moralité contractuelle » peut, au premier abord, interpeller et laisser dubitatif. Elle illustre, malgré tout, le virage emprunté par la philosophie contractuelle québécoise qui paraît être, à première vue, ébranlée dans ses fondements. Le début des années 1990 est marqué par une percée fulgurante de la « nouvelle moralité contractuelle » qui est en partie permise par la notion de contrat d'adhésion (1.). Cependant, cette secousse est loin d'être séismique en ce que la « nouvelle moralité contractuelle » se heurte rapidement au scepticisme croissant affiché par la doctrine, mais aussi par la jurisprudence. La notion de contrat d'adhésion est, malheureusement, insuffisante pour permettre l'ancrage solide et pérenne de la « nouvelle moralité contractuelle » (2.).

1. Une notion à l'origine de la percée de la « nouvelle moralité contractuelle »

270. Bien que mention directe n'en soit jamais faite, il est essentiel de souligner que les arrêts fondateurs de la « nouvelle moralité contractuelle » portent tous sur des contrats d'adhésion. Contrat de travail, de prêt, de cautionnement, ou encore contrat de franchise, tous peuvent se voir revêtir la qualification de contrat d'adhésion (a.). Partant, lorsque vient l'heure pour la doctrine québécoise de théoriser cette « nouvelle moralité contractuelle », il est tout à fait logique de retrouver le contrat d'adhésion au cœur de ses développements (b.).

a. Des arrêts fondateurs portant sur des contrats d'adhésion

271. *Mise en contexte.* Avant toute chose, nous souhaiterions poser quelques remarques préliminaires. Tout d'abord, le panorama jurisprudentiel que nous souhaitons brosser ici en est un très général. Il ne s'agit nullement de présenter un tableau exhaustif de la jurisprudence mais de retenir les arrêts les plus significatifs dans l'apparition de la nouvelle moralité contractuelle. Ensuite, il est particulièrement intéressant et certainement nécessaire de replacer la série de décisions que nous allons étudier dans son contexte : les quatre incontournables arrêts sur lesquels nous allons nous attarder ont été adoptés alors que le processus de codification en était à sa conclusion. Nul doute que ce dernier, qui annonçait un nouveau droit des obligations, a eu une influence certaine sur les juges canadiens, tant des cours québécoises que de la Cour suprême du Canada. Or, l'on sait que le projet de recodification était tout particulièrement animé par le souhait de parfaire une meilleure justice contractuelle, en particulier dans les contrats où régnaient les plus grandes inégalités.

272. *Le renouveau de la bonne foi.* Le premier arrêt que nous souhaiterions aborder reconnaît, pour la première fois, l'existence d'un embryon de l'obligation spéciale d'information découlant de l'obligation générale de bonne foi. Il s'agit de l'arrêt *Soucisse*¹⁵⁷⁹ rendu par la Cour suprême du Canada en 1981. On peut affirmer que l'arrêt *Soucisse* pose la première pierre à l'élaboration de l'obligation d'information en droit québécois. Le nœud du problème : le Dr. Groulx décède en décembre 1963 et laisse pour héritières son épouse et ses deux filles, dont l'une vient à décéder en cours d'instance et dont la cause sera reprise par son conjoint. La Banque Canadienne nationale se rapproche alors de la famille du défunt pour réclamer le paiement d'une somme d'argent d'un montant de plus de 120.000 dollars. Cette action se fonde sur trois documents : un billet à ordre et deux lettres de cautionnement signés en faveur du gendre du défunt. Malgré la survenance du décès de la caution, la banque, qui avait été informée de ce trépas par ses succursales, continua à consentir des prêts au débiteur. La famille avait eu connaissance de la signature du billet à ordre mais n'avait pas été informée par la banque de l'existence des lettres de cautionnement. Selon le juge Beetz, « la Banque a commis une faute vis-à-vis les (*sic*)

¹⁵⁷⁹ *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 1981 CanLII 31 (C.S.C.), j. Beetz.

héritières de la caution en ne leur révélant pas l'existence des lettres de cautionnement et leur caractère révocable avant de consentir de nouvelles avances aux débiteurs principaux »¹⁵⁸⁰. Cette faute constitue une violation du principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi et doivent respecter les exigences qui découlent de l'équité, de l'usage ou de la loi au regard de l'article 1024 du Code civil du Bas-Canada¹⁵⁸¹. « Quoiqu'il en soit, écrit le juge Beetz, dès que la Banque a pris l'initiative de renseigner la succession sur les obligations de la caution vis-à-vis d'elle, elle s'est obligée à le faire complètement car des renseignements partiels sont des renseignements trompeurs. La Banque ne pouvait pas se permettre de révéler ce qu'il était à son avantage de révéler et de taire ce qu'il était dans son intérêt de cacher »¹⁵⁸². Bien qu'il soit compréhensible que la banque cherche à contracter les meilleures sûretés possibles pour garantir les prêts qu'elle consent, elle n'était pas exempte d'informer les héritières de l'existence des lettres de cautionnement¹⁵⁸³. En ne respectant pas cette obligation particulière d'information, et plus généralement l'obligation générale de bonne foi, la banque a unilatéralement modifié la situation à son avantage en ne permettant pas aux héritières de révoquer les lettres. Le juge Beetz conclut à l'irrecevabilité de l'action de la banque contre les héritières de la caution « car nul ne doit tirer avantage de sa propre faute ni surtout demander le secours des tribunaux pour y arriver »¹⁵⁸⁴.

Si la bonne foi est qualifiée d'« obligation » dans l'arrêt *Soucisse*, elle monte en grade huit ans plus tard dans l'arrêt *Kuet Long*¹⁵⁸⁵ rendu par la Cour suprême en 1989. Un employé de la Banque de Montréal, cambiste, a pour responsabilité la vente et l'achat de devises étrangères pour le compte de la banque. En plus de cette mission, il a également la possibilité d'effectuer des opérations de change pour les clients de la banque, mais aussi d'engager cette dernière dans des opérations de change à hauteur de quarante millions de dollars. Le cambiste profita de ses fonctions pour réaliser des opérations qui lui permirent de gonfler son compte personnel. Le stratagème devait prendre les deux formes suivantes : soit l'employé réalisait des transactions à l'insu d'un client de la banque et reversait l'argent

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 355-356.

¹⁵⁸¹ Art. 1024 C.c.B.-C. : « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi ».

¹⁵⁸² *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, arrêt préc. note n° 1579, p. 357.

¹⁵⁸³ *Ibid.*, p. 355.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 358.

¹⁵⁸⁵ *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 1989 CanLII 30 (C.S.C.), j. Gonthier.

sur son compte personnel, ou bien sur celui de sa sœur ; soit il demandait à certains clients de la banque s'il lui était possible de bénéficier d'une commission sur le profit escompté de certaines opérations réalisées par ses soins. Face à ce comportement frauduleux, le juge Gonthier affirme que le principe général du droit civil est de garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats, y compris dans les contrats de travail¹⁵⁸⁶. Le juge insiste fortement sur ce principe de bonne foi¹⁵⁸⁷, précepte moral fondamental du droit civil¹⁵⁸⁸. Il soutient que : « nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions »¹⁵⁸⁹, entendre par-là, de sa mauvaise foi. L'employé doit adopter un comportement loyal et honnête envers son employeur même s'il dispose d'une large marge de manœuvre conférée par ce dernier.

273. La reconnaissance attendue de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle. En 1990, dans le fameux arrêt *Houle*¹⁵⁹⁰, la Cour suprême du Canada revient sur une position jurisprudentielle qui, comme nous l'avons souligné précédemment¹⁵⁹¹, semblait intransigeante : elle décide d'accueillir la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle¹⁵⁹². Cette solution est d'autant plus inattendue que deux ans auparavant, dans l'arrêt *Drouin*, le juge Chouinard avait indiqué de but en blanc que : « Nous sommes d'opinion que la théorie de l'abus de droit ne s'applique pas en matière contractuelle ». Cependant, les bases avaient été jetées par la même magistrate qui rendit l'arrêt *Houle*. En 1986, la juge L'Heureux-Dubé exprima une opinion dissidente dans l'arrêt *Godbout*¹⁵⁹³ qui opposait un franchisé, M. Godbout, à son franchiseur, Provi-Soir. Ce dernier refusa la candidature présentée par son franchisé d'un acheteur potentiellement intéressé pour reprendre la franchise. La juge L'Heureux-Dubé constata que le franchiseur n'avait pas exercé son droit de manière juste et raisonnable, droit qui était seulement celui d'approuver les acheteurs proposés par le franchisé et non de décider lui-même des candidatures

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 430 et p. 436.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 444.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 441.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 431.

¹⁵⁹⁰ *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S., 1990 CanLII 58 (C.S.C.), j. L'Heureux-Dubé.

GARDNER (D.). « Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel ? : *Houle c. Banque canadienne nationale* », *R. du B. Can.*, déc. 1991, vol. 70, n° 4, p. 760 ; **JOBIN (P.-G.)**. « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », *art. préc.*, p. 157 et p. 165 et s. ; **JUKIER (R.)**. « *Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.) : implications of an expanded doctrine of abuse of rights in civilian contract law », *R.D. McGill*, 1992, vol. 37, n° 1, p. 221 ; **MARTEL (P.)**. « L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle* : Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le "voile corporatif" », *R.D. McGill*, 1987, vol. 33, n° 1, p. 213.

¹⁵⁹¹ V. *supra* n°s 115-116.

¹⁵⁹² V. part. **JOBIN (P.-G.)**. « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », *C. de D.*, 1991, vol. 32, n° 1, p. 153.

¹⁵⁹³ *Godbout c. Provi-Soir Inc.*, 1986 CanLII 3612 (QC CA), j. L'Heureux-Dubé (dissidente), § 1-25.

retenues. Partant, la juge estima que le franchiseur avait abusé de son droit. A cette époque, elle fut la seule juge à retenir la responsabilité délictuelle du franchiseur pour abus de droit. Elle prit alors le temps d'étoffer son argumentation dans l'arrêt *Houle* rendu quelques années plus tard. L'affaire opposait les membres de la famille Houle à leur banque, partenaire en affaires depuis plus de cinquante ans. Plusieurs financements avaient été avancés et quelques lettres de cautionnement avaient été signées dans le but, pour l'entreprise familiale, de se moderniser. Cette dernière ouvrit également des négociations avec une société qui souhaitait reprendre leurs actions pour la somme d'un million de dollars. A cette issue, l'entreprise familiale demanda à la banque de porter sa marge de crédit à 900.000 dollars. Cette dernière engagea un cabinet d'experts-comptables qui fut chargé d'évaluer la situation financière de l'entreprise familiale. Suite au rapport de l'un des experts, la banque décida de rappeler le prêt et de réaliser les garanties. Avertie par l'expert-comptable, la compagnie se vit demander un investissement additionnel en retour d'une éventuelle augmentation de la participation de la banque. Malheureusement, les négociations entre les deux partenaires ne furent pas concluantes. La banque prit alors immédiatement possession des actifs de l'entreprise familiale et procéda à sa liquidation en moins de trois heures. Quelques semaines plus tard, l'entreprise céda ses actions à la société acheteuse pour une valeur de 300.000 dollars. Elle engagea une action contre la banque, lui imputant la perte des 700.000 dollars en raison de sa mauvaise foi et de son comportement abusif. La juge L'Heureux-Dubé décide de retenir la responsabilité de la banque pour abus de droit. Afin de consolider une motivation délicate et une prise de position inédite, la juge retrace longuement l'histoire de la théorie de l'abus de droit, sa réception en France comme au Québec¹⁵⁹⁴, ses critères de mise en œuvre¹⁵⁹⁵, pour ensuite l'appliquer au cas d'espèce. Elle ne revient pas sur le droit – le plus strict – pour un établissement de crédit de rappeler ses garanties en cas de difficultés avérées de l'emprunteur¹⁵⁹⁶. Partant, suite au rapport dressé par l'expert-comptable, la banque avait le droit de retirer ses garanties et la juge L'Heureux-Dubé constate que ce retrait s'est uniquement effectué pour des motifs financiers et n'a nullement été influencé par des motifs extérieurs¹⁵⁹⁷. Cependant, ce que la juge considère comme abusif est le délai dans lequel a été exercé ce droit, qu'elle estime

¹⁵⁹⁴ *Banque Nationale du Canada c. Houle*, arrêt préc. note n° 1590, p. 142-146.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 146 et s.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 168-169.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 170.

déraisonnable. « Bien qu'un créancier puisse tout à fait légitimement, bien sûr, exiger le paiement immédiat d'un prêt payable à demande, écrit la juge L'Heureux-Dubé, le principe du délai raisonnable exige que le créancier ne réalise pas ses garanties ou ne prenne pas possession des biens avant de donner au débiteur, selon les circonstances, un délai raisonnable pour qu'il puisse s'acquitter de ses obligations »¹⁵⁹⁸. Elle rappelle ensuite que l'exigence d'un délai raisonnable est bien établie dans la jurisprudence québécoise¹⁵⁹⁹. Qui plus est, la juge L'Heureux-Dubé ne manque pas de souligner les relations d'affaires et de confiance tissées entre les parties¹⁶⁰⁰. En conséquence, la juge, en se rangeant à l'avis des juges des cours inférieures qui avaient qualifié le comportement de la banque « d'agissement intempestif »¹⁶⁰¹, estime que : « la banque a agi d'une façon soudaine, impulsive et dommageable, compte tenu en particulier du fait qu'elle n'a jamais donné d'avertissement quant aux inquiétudes qu'elle pouvait entretenir à propos de son prêt »¹⁶⁰². « La décision de la banque, ajoute-t-elle, a eu pour résultat de réduire à néant en trois heures plus de cinquante ans de relations d'affaires »¹⁶⁰³. Etant donné le faible risque de perte des garanties ou de la créance, la juge conclut à un « abus flagrant du droit contractuel de la banque de réaliser ses garanties après l'échec de sa demande de paiement »¹⁶⁰⁴.

L'arrêt *Houle* constitue un véritable tournant pour la théorie de l'abus de droit et marque une réelle évolution pour le droit des contrats québécois. De fait, il illustre la « nouvelle moralité contractuelle » québécoise, ou le « nouvel ordre contractuel » comme l'a écrit le professeur Gardner¹⁶⁰⁵, à travers les conséquences qu'il entraîne pour la philosophie du droit des contrats¹⁶⁰⁶. En effet, il crée un véritable « clash »¹⁶⁰⁷ entre les tenants de la théorie classique du contrat et les défenseurs d'une plus grande justice contractuelle. Il vient secouer la théorie générale du contrat en donnant carte blanche aux juges pour intervenir

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 171.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 172.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 175.

¹⁶⁰¹ **MARTEL (P.)**. « L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle* : Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le “voile corporatif” », *art. préc.*, p. 215.

¹⁶⁰² *Banque Nationale du Canada c. Houle*, arrêt préc. note n° 1590, p. 176.

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*

¹⁶⁰⁵ **GARDNER (D.)**. « Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel ? : *Houle c. Banque canadienne nationale* », *art. préc.*, p. 760.

¹⁶⁰⁶ **JUKIER (R.)**. « *Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.) : implications of an expanded doctrine of abuse of rights in civilian contract law », *art. préc.*, p. 233 et s.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 226.

dans la sphère contractuelle¹⁶⁰⁸. Et selon une auteure, la Cour Suprême était parfaitement consciente des retombées de cette prise de position¹⁶⁰⁹. La graine semée dans les années 1960, qui ont vu l'introduction progressive de l'abus de droit au sein du droit québécois, éclot enfin au crépuscule du XX^e siècle.

274. L'affinement de l'obligation d'information. Pour terminer cette série des arrêts phares de la nouvelle moralité contractuelle, nous étudierons l'arrêt *Bail Ltée*¹⁶¹⁰ rendu par la Cour suprême en 1992 qui vient affiner l'obligation d'information et de renseignement dessinée dans l'arrêt *Soucisse*. Nous retiendrons des faits extrêmement complexes et techniques ceci : Hydro-Québec, maître de l'ouvrage, confia à un entrepreneur la réalisation de travaux d'excavation et de terrassement. Ce dernier délègua, à son tour, une partie des travaux à un sous-traitant. Les travaux se sont malheureusement avérés être difficiles et plus compliqués que prévus. Ils auraient pu ne pas l'être si Hydro-Québec, alors en possession d'un rapport géotechnique, avait justement transmis ce rapport à l'entrepreneur qui l'aurait alors fait connaître à son sous-traitant. Pour la Cour supérieure du Québec, Hydro-Québec s'est comporté de « façon cachotière »¹⁶¹¹. Décision entendue par le juge Gonthier qui estime qu'Hydro-Québec a manqué à son obligation d'information en adoptant un comportement qui trahit la confiance que lui portaient les deux prestataires de service. Dans la veine de l'arrêt *Soucisse*, le juge Gonthier reconnaît la généralité de l'obligation de renseignement qui concerne désormais tous types de contrat. « L'apparition de l'obligation de renseignement, écrit le juge Gonthier, est reliée à un certain rééquilibrage au sein du droit civil. Alors qu'auparavant il était de mise de laisser le soin à chacun de se renseigner et de s'informer avant d'agir, le droit civil est maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles, et il impose une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'en suivre »¹⁶¹². Le juge Gonthier ajoute que : « L'obligation de renseignement

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 233.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.* *Banque Nationale du Canada c. Houle*, arrêt préc. note n° 1590, p. 145 : « Bien qu'elle puisse représenter un écart par rapport à la conception absolutiste des décennies antérieures, qu'illustre la célèbre maxime "la volonté des parties fait la loi", elle s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité [...] ».

¹⁶¹⁰ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 1992 CanLII 71 (C.S.C.), j. Gonthier.

GARDNER (D.), LEVESQUE (F.), TANCELIN (M.). *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 12^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2017, p. 261 ; **JUTRAS (D.).** « Le tiers trompé (à propos de l'affaire *Bail Ltée*) », *R. du B. Can.*, mars 1993, vol. 72, n° 1, p. 28.

¹⁶¹¹ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, arrêt préc. note n° 1610, p. 570.

¹⁶¹² *Ibid.*, p. 587.

et le devoir de ne pas donner de fausses informations peuvent être conçus comme les deux facettes d'une même médaille »¹⁶¹³.

b. Une théorisation visant à lutter contre l'exploitation du plus faible

275. A propos de l'expression. D'emblée, nous souhaitons avertir le lecteur que la « nouvelle moralité contractuelle » ne peut être perçue comme le pendant du solidarisme contractuel français. Bien que les droits français et québécois des contrats aient suivi des trajectoires similaires depuis le début du XX^e siècle, notamment en matière de droit de la consommation¹⁶¹⁴, et qu'ils se soient tous deux « socialisés »¹⁶¹⁵, le solidarisme contractuel et la « nouvelle moralité contractuelle » ne sont pas tout à fait comparables. Le professeur Jamin le soulignera lui-même : « Pour autant, je n'irai pas jusqu'à soutenir que les juristes québécois ont été solidaristes à la façon des juristes français »¹⁶¹⁶. En effet, la théorie du solidarisme s'inscrit dans un contexte socio-politique très précis que n'a pas forcément connu le Québec. En effet, comme nous le savons désormais, la doctrine solidariste, dont découle le solidarisme contractuel, apparaît durant la III^e République qui naît d'un climat politique, social, économique, géopolitique et intellectuel particulier¹⁶¹⁷. Ceci dit, les idées sociales de cette théorie « ont sans aucun doute traversé l'Atlantique pour arriver en Amérique du Nord [...]. Il n'est donc guère surprenant qu'elles aient pris pied au Québec »¹⁶¹⁸.

Le mouvement jurisprudentiel que nous venons d'étudier, favorable à l'émergence progressive d'un principe général de bonne foi, ne va pas échapper à l'œil attentif de la doctrine québécoise dont la mission sera de théoriser cette œuvre jurisprudentielle et de donner corps à cette « nouvelle moralité contractuelle ». Si le mouvement prend racine dans la jurisprudence de la fin du siècle, et plus largement la codification de 1991, l'expression ne figure dans aucun texte relatif à ce processus de codification, encore moins dans les décisions de justice que nous avons précédemment étudiées. Tout au plus une « moralité

¹⁶¹³ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, arrêt préc. note n° 1610, p. 587.

¹⁶¹⁴ **JAMIN (C.)**. « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », in *Les Conférences Albert-Mayrand : 1997-2011*, Montréal : Ed. Thémis, 2012, p. 194.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ *V. supra* n° 44.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

élevée »¹⁶¹⁹ sera mentionnée pour caractériser un droit des obligations renouvelé, chargé d'encadrer les relations contractuelles qui supposent une certaine collaboration et une certaine confiance entre les parties. En réalité, l'expression, purement doctrinale, n'est apparue qu'en 1998 dans la cinquième édition de l'ouvrage général de droit des obligations rédigé par l'honorable Jean-Louis Baudouin et le professeur Jobin¹⁶²⁰. Des deux auteurs, la paternité de l'expression serait attribuée à l'honorable Baudouin, le professeur Jobin renvoyant lui-même, dans l'un de ses écrits, au juge Baudouin¹⁶²¹. Qui plus est, le texte phare¹⁶²² portant sur la « nouvelle moralité contractuelle » a été rédigé par l'honorable Baudouin ce qui peut conforter la paternité de l'expression.

276. Une moralité visant à tempérer les abus du système. Selon l'honorable Baudouin et le professeur Jobin, la « nouvelle moralité contractuelle » est l'expression éclatante de la volonté du législateur québécois d'adapter le Code civil québécois aux enjeux contractuels modernes¹⁶²³. Cette « nouvelle moralité » aurait pour objectif de « tempérer les abus du libéralisme économique » et de « donner aux tribunaux un plus large pouvoir de contrôle sur l'équité contractuelle »¹⁶²⁴. Elle trouverait une traduction dans un Code civil du Québec qui suivrait « une philosophie plus respectueuse du *fair play* et de l'équité contractuelle »¹⁶²⁵. Pour lancer ce mouvement, il semblerait que le législateur québécois se soit beaucoup inspiré du droit de la consommation apparu au début des années 1970. Comme nous l'avons précédemment mentionné, ce dernier aurait, de par la philosophie qui lui est classiquement attribuée, à savoir la protection du consommateur, exercé une grande influence sur la théorie générale du contrat¹⁶²⁶. Le droit de la consommation aurait ainsi contribué à modeler la définition de la nouvelle moralité contractuelle. Or, nous savons aussi que la création et l'élaboration du droit de la consommation ont été motivées par l'essor considérable de la figure du contrat d'adhésion. En conséquence, la « nouvelle moralité contractuelle », fondée sur le souhait de voir être réalisée une plus grande justice,

¹⁶¹⁹ CREPEAU (P.-A.), « La fonction du droit des obligations », *R.D. McGill*, 1998, vol. 43, n° 1, p. 748.

¹⁶²⁰ BAUDOUIN (J.-L.), JOBIN (P.-G.). *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 1998, p. 12-15, n° 14.

¹⁶²¹ JOBIN (P.-G.), « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : quelle modernité ? », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2000, vol. 52, n° 1, p. 51.

¹⁶²² BAUDOUIN (J.-L.). « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 29.

¹⁶²³ JOBIN (P.-G.), VEZINA (N.). *Les obligations*, BAUDOUIN (J.-L.), JOBIN (P.-G.) (dir.), 7^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 2013, p. 16 et s.

¹⁶²⁴ JOBIN (P.-G.), VEZINA (N.). *Les obligations*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, p. 19.

¹⁶²⁶ V. *supra* n° 146.

tenterait, plus spécifiquement, de trouver un juste milieu entre le principe de liberté et la protection des plus faibles¹⁶²⁷. Elle prendrait donc sa source dans cette tension qui existe entre ces deux principes. Concrètement, la « nouvelle moralité » inciterait les parties à une meilleure collaboration et coopération dans la réalisation de leur relation contractuelle. Il en va plus particulièrement des contrats conduisant à un déséquilibre à savoir, par exemple, les contrats de consommation ou encore, sans surprise, les contrats d'adhésion.

277. Une moralité visant à encadrer le contrat d'adhésion. Dans son article paru en 2001, l'honorable Jean-Louis Baudouin approfondit la définition de l'expression, ainsi que son régime. Partant du constat selon lequel les nouvelles dispositions du Code civil du Québec souhaitent éviter que le contrat ne devienne un instrument d'exploitation du plus faible par le plus fort¹⁶²⁸, l'honorable Baudouin relève les deux principes phares qui sont à la base de la « nouvelle moralité » : la bonne foi et l'équité¹⁶²⁹. La bonne foi, « notion protéiforme » échappant « à toute tentative de rationalisation »¹⁶³⁰, se retrouve autant dans la période de formation du contrat que dans l'exécution de ce dernier. Le juge Baudouin, pour illustrer son propos, cite deux grands arrêts que nous avons étudiés : l'arrêt *Bail Ltée*, qui reconnaît une obligation générale d'information et de renseignement¹⁶³¹, et l'arrêt *Houle*, qui sanctionne l'exercice abusif d'un droit ayant grevé une relation contractuelle depuis longtemps établie¹⁶³². La « nouvelle moralité contractuelle » embrasserait le caractère « hybride ou bicéphale de la notion de bonne foi »¹⁶³³. En effet, cette dernière présente une conception à la fois subjective et objective. La première concerne « la croyance erronée mais excusable en une réalité inexistante »¹⁶³⁴ tandis que la seconde impose « une norme minimale de comportement acceptable, attendue d'une personne raisonnable »¹⁶³⁵.

¹⁶²⁷ **ROLLAND (L.)**. « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *R.D. McGill*, 1999, vol. 44, n° 2, p. 914-916.

¹⁶²⁸ **BAUDOUIN (J.-L.)**. « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », *art. préc.*, p. 33.

¹⁶²⁹ *Ibid.* V. égal. **ROLLAND (L.)**. « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », *art. préc.*, p. 398.

¹⁶³⁰ **BAUDOUIN (J.-L.)**. *Ibid.*, p. 32.

¹⁶³¹ *Ibid.*, p. 34.

¹⁶³² *Ibid.*, p. 38.

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ *Ibid.*

¹⁶³⁵ *Ibid.*, p. 39.

V. égal. **GREGOIRE (M.A.)**. *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Coll. Minerve, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 3 et s. ; **LEFEBVRE (B.)**. « La bonne foi : notion protéiforme », *art. préc.*, p. 321 et s. ; **LEFEBVRE (B.)**. « La bonne foi dans la formation du contrat », *art. préc.*, p. 1056 ; **LEFEBVRE (B.)**. « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », *art. préc.*, p. 10 ; **ROLLAND (L.)**. « La bonne dans le Code civil du Québec : du général au particulier », *art. préc.*, p. 384 et s.

En conséquence, nous pouvons penser que la « nouvelle moralité contractuelle », appréciée sous le prisme du contrat d'adhésion, renvoie davantage à la conception objective de la bonne foi qu'à son acception subjective. De fait, il s'agit, dans le cadre du contrat d'adhésion, d'apprécier le comportement de la partie forte en s'assurant qu'elle n'abuse aucunement de sa position de force en imposant des obligations abusives à l'adhérent.

Quant à l'équité, « notion floue, difficile à cerner avec précision et encore plus à véritablement définir »¹⁶³⁶, elle « permet de rétablir un équilibre trop largement compromis entre les obligations réciproques des parties, de façon à empêcher que le contrat ne devienne un instrument d'exploitation du plus faible »¹⁶³⁷. Cette notion, précise l'honorable Baudouin, « trouve sa place dans la nouvelle moralité contractuelle du droit québécois d'une double façon »¹⁶³⁸. A un niveau général d'abord, en englobant tous les contrats nommés et innomés. A un niveau particulier, ensuite, en visant précisément les contrats d'adhésion et de consommation. Les règles relatives à ces deux catégories de contrats forment ce que le juge Baudouin appelle « le régime particulier »¹⁶³⁹ de l'équité. Toutes ces règles répondent manifestement au souhait de rétablir un équilibre contractuel perdu. Pour faire face à des contrats dont la configuration est particulière, les juges ont désormais à leur disposition des outils leur permettant justement d'atteindre un meilleur équilibre¹⁶⁴⁰. Au déséquilibre auquel peuvent conduire ces contrats, répondent l'équité, la bonne foi et plus largement, la moralité contractuelle.

278. L'espoir porté par le contrat d'adhésion d'une réalisation achevée de la « nouvelle moralité contractuelle » va très rapidement s'évanouir. L'enthousiasme jurisprudentiel et doctrinal ne va pas perdurer mais va, au contraire, être remplacé par un certain scepticisme.

2. Une notion insuffisante à l'ancrage de la « nouvelle moralité contractuelle »

279. Les juges de la Cour suprême du Canada ont certainement été très entreprenants dans la rédaction de leurs décisions qui ont, finalement, servi de terreau à la croissance de

¹⁶³⁶ BAUDOUIN (J.-L.). « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », *art. préc.*, p. 39.

¹⁶³⁷ *Ibid.*

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 40.

¹⁶³⁹ *Ibid.*

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 44.

la « nouvelle moralité contractuelle ». Cependant, une ombre, déjà visible sur cet optimiste tableau, allait continuer à s'étendre. L'élan jurisprudentiel va être considérablement freiné (a.) et la doctrine québécoise va se montrer dubitative face à l'opportunité de l'expression et à sa portée (b.)

a. L'inhibition de la jurisprudence

280. Une consécration relative de la « nouvelle moralité contractuelle ». Passé la première lecture encourageante des arrêts fondateurs de la « nouvelle moralité contractuelle », l'on peut ensuite être frappé par la retenue des juges qui caractérise ces décisions. En effet, l'on peut avoir l'impression que la jurisprudence réalise un pas en avant pour deux pas en arrière. Prenons l'arrêt *Soucisse* tout d'abord. Ce dernier ne consacre en aucune façon une obligation générale d'information et de renseignement imposée aux institutions financières à l'égard de leurs cautions, encore moins à l'égard de tout contractant confondu. L'arrêt *Goulet*¹⁶⁴¹ est le premier arrêt à avoir mis un frein à l'interprétation erronée¹⁶⁴² qui avait pu être faite de l'arrêt *Soucisse*. L'honorable LeBel, en se fondant sur les propos de la professeure Poudrier-LeBel, qui soulignait qu'il n'existait pas un devoir général d'information en droit québécois¹⁶⁴³, estime qu' : « A cette date, il appartenait certes au créancier de répondre aux demandes d'informations qui lui étaient transmises. Il n'était pas assujéti à un devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, surtout sur l'opportunité de la transaction ou ses risques potentiels »¹⁶⁴⁴. Au juge Rochon de renchérir quelques années plus tard en estimant qu'il appartient à chacun de se renseigner et de veiller à la protection de ses intérêts¹⁶⁴⁵. En statuant ainsi, il a respecté le cadre créé par le juge Gonthier dans l'arrêt *Bail Ltée* au sujet de l'obligation d'information¹⁶⁴⁶. Ce dernier dessine, en effet, les traits d'une théorie générale de l'obligation d'information qui comprend trois critères : le débiteur de l'obligation d'information doit réellement détenir l'information, c'est-à-dire qu'il en a une connaissance réelle ou présumée ; cette

¹⁶⁴¹ *Banque nationale du Canada c. Goulet*, 1997 CanLII 10411 (QC C.A.), j. LeBel.

¹⁶⁴² GREGOIRE (M.A.). *Liberté, responsabilité, utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, op. cit., p. 216-217.

¹⁶⁴³ POUDDRIER-LEBEL (L.). « La libération de la caution par la faute du créancier », *C. de D.*, 1987, vol. 28, n° 4, p. 948. L'auteure relève, à partir de la page 945, toutes les fois où les banques ne sont pas tenues de ce devoir d'information. Il incombe alors à la caution de se renseigner.

¹⁶⁴⁴ *Banque nationale du Canada c. Goulet*, préc., p. 6.

¹⁶⁴⁵ *Trust la Laurentienne du Canada Inc. c. Losier*, arrêt préc. note n° 110, p. 10, § 45.

¹⁶⁴⁶ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, arrêt préc. note n° 1610, p. 586 ; JUTRAS (D.). « Le tiers trompé (à propos de l'affaire *Bail Ltée*) », art. préc., p. 32.

information doit être essentielle pour le créancier de l'obligation, c'est-à-dire qu'elle doit être déterminante de son consentement ; enfin, le débiteur de l'obligation ne doit délivrer l'information que si son cocontractant se trouve dans une position informationnelle vulnérable, c'est-à-dire qu'il n'a pas pu obtenir l'information lui-même avec ses propres moyens. Se trouve ici la nuance apportée par le juge Gonthier : l'obligation d'information n'empêche nullement l'autre partie au contrat de se renseigner elle-même et de veiller à la protection de ses propres intérêts. Cette obligation ne disparaît pas malgré l'avènement de la « nouvelle moralité contractuelle ». Dans l'arrêt *Mackay*¹⁶⁴⁷, l'honorable Baudouin reprend la nuance apportée par le juge Gonthier pour ensuite affirmer qu' : « on ne doit pas pousser l'intensité de l'obligation d'informer jusqu'à une tolérance inconditionnelle et à l'absolution d'une conduite négligente ou imprudente de la part du débiteur. Il convient donc de respecter un certain équilibre »¹⁶⁴⁸. Selon la professeure Grégoire, les décisions de justice qui n'auraient pas respecté les critères de l'arrêt *Bail Ltée* seraient « arbitraires » puisqu'outrepasseraient les règles de base de la relation contractuelle et le principe de responsabilité¹⁶⁴⁹. L'auteure ne revient pas ni sur l'intérêt d'avoir créé une obligation d'information ni sur la nécessité de l'exiger à certains contractants. Cependant, « imposer un tel devoir général à tous les contrats irait très certainement à l'encontre des préceptes de liberté et de responsabilité dans la sauvegarde de ses intérêts »¹⁶⁵⁰. Partant, il importe de tenir compte des circonstances des faits de l'espèce avant d'imposer une telle obligation.

281. « *Un arrêt qui s'inscrit dans le progrès de la pensée juridique mais qui n'est pas le progrès lui-même* »¹⁶⁵¹. Le déclin de la « nouvelle moralité contractuelle » s'amorce véritablement dans l'arrêt *Provigo*¹⁶⁵² qui démontre sans équivoque l'incapacité manifeste du contrat d'adhésion à établir fermement cette nouvelle philosophie. L'arrêt, rendu par la Cour d'appel du Québec quelques années après l'arrêt *Bail Ltée*, opposait le Groupe Gagnon, le franchisé, à son franchiseur, le groupe Provigo. Ce dernier décida de lancer au début des années 1980 une nouvelle chaîne de magasins minimarges connue sous le nom

¹⁶⁴⁷ *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, 2002 CanLII 41095 (QC C.A.), l'hon. Baudouin.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 587, § 34.

¹⁶⁴⁹ **GREGOIRE (M.A.)**. *Liberté, responsabilité, utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*,

¹⁶⁵¹ **BELLEY (J.-G.), CARON (V.)**. « Un grand arrêt, néanmoins critiquable : *Provigo Distribution c. Supermarché A.R.G.* », in *Les grands arrêts*, Coll. Les grands classiques du droit civil, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2016, p. 310.

¹⁶⁵² *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209 (QC C.A.).

d'Héritage. Concrètement, ces magasins se présentaient sous la forme de « magasins entrepôts » et proposaient moins de produits que les supermarchés traditionnels mais à des prix bien inférieurs à ceux pratiqués sur le marché. Provigo établit un magasin Héritage à Granby où se trouvait déjà un supermarché géré par le Groupe Gagnon. Petit à petit, le franchiseur favorisa de plus en plus les magasins Héritages dont il augmenta sensiblement le nombre. Malheureusement, le supermarché dirigé par le Groupe Gagnon, dont la marge de manœuvre était extrêmement limitée en matière de fixation de prix, eut beaucoup de difficultés à faire face à la rude concurrence créée par l'attractivité des prix « cassés » proposés par le magasin Héritage. Partant, le Groupe Gagnon estima que Provigo lui avait fait concurrence en privilégiant les magasins Héritage. De fait, il l'avait placé dans une situation de vulnérabilité économique et dans l'incapacité de faire face à la concurrence. Il assigna donc Provigo en réparation du préjudice subi depuis l'établissement du magasin Héritage à Granby jusqu'aux retombées économiques négatives courantes. La décision rendue par la Cour d'appel du Québec est en demi-teinte. Les juges commencent par qualifier le contrat de franchise conclu de contrat d'adhésion¹⁶⁵³. Cette qualification est déterminante de la décision des juges qui vont dégager une obligation implicite qui s'imposait aux parties bien qu'elle ne figura pas au contrat. En effet, les juges de la Cour d'appel retiennent la faute du franchiseur pour manquement à l'obligation de collaboration. Cette obligation découle plus largement du principe de bonne foi, « d'ailleurs à la base même de ce que l'on [la doctrine québécoise] a intitulé la nouvelle moralité contractuelle »¹⁶⁵⁴. Partant, « l'une des obligations fondamentales du franchiseur à l'endroit du franchisé, relèvent les juges, est celle d'assistance technique et commerciale, comprise dans cette perspective de partenariat, donc de collaboration »¹⁶⁵⁵.

Les professeurs Belley et Caron avalisent la motivation des juges d'appel. « Le devoir de collaboration, écrivent-ils, se ramène essentiellement à un devoir de négocier avec diligence et dans un esprit de solidarité en vue de trouver un nouvel arrangement aussi satisfaisant que possible pour les deux parties »¹⁶⁵⁶. Bien que ne reposant pas sur une logique de coopération aussi poussée que dans un contrat de société, par exemple, le contrat de

¹⁶⁵³ *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, arrêt préc., p. 23.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 30.

¹⁶⁵⁶ **BELLEY (J.-G.), CARON (V.)**. « Un grand arrêt, néanmoins critiquable : *Provigo Distribution c. Supermarché A.R.G.* », *art. préc.*, p. 323.

franchise fait tout de même naître un lien très fort entre les parties¹⁶⁵⁷. De fait, il développe un « rapport de synergie et d'interdépendance économique » déterminant¹⁶⁵⁸. La confiance est donc le maître-mot de ces relations contractuelles particulières¹⁶⁵⁹ où les parties, tout en défendant leurs propres intérêts, ont avantage à coopérer ensemble pour atteindre leurs objectifs individuels. Selon les professeurs Belley et Caron, le franchiseur aurait dû savoir « autolimiter » son pouvoir, l'autolimitation du pouvoir « qui n'est, en définitive, que la composante négative d'un devoir positif de collaboration qui s'impose avec une forte intensité pour le bon fonctionnement d'une relation de franchise »¹⁶⁶⁰.

Néanmoins, et malgré sa qualification de « grand arrêt », l'arrêt *Provigo* ne manque pas de soulever les critiques. Les professeurs Belley et Caron estiment que les juges conservent une position trop confortable dans l'affirmation du principe moral de bonne foi¹⁶⁶¹. En effet, les auteurs jugent la position de la Cour d'appel très classique et son approche de la situation, très libérale¹⁶⁶². De fait, la Cour décide uniquement de réparer le dommage subi par le franchisé du fait du manquement, par le franchiseur, à son obligation de collaboration au moment de l'exécution du contrat. Les juges n'ont pas souhaité retenir la responsabilité du franchiseur pour les dommages subis par le franchisé *a posteriori* de ses actions. Aux yeux des professeurs Belley et Caron, les juges auraient dû pleinement embrasser leur pouvoir judiciaire pour ainsi « faire contrepoids à l'inégalité des forces économiques en présence »¹⁶⁶³. En ce sens, ils auraient souhaité que ces derniers aillent plus loin dans la « moralisation de la nouvelle économie »¹⁶⁶⁴. Au lieu de cela, leur position reflète, à leurs yeux, « une déférence ferme au contrat d'adhésion et ses particularités »¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁵⁷ Pour voir une étude de la relation franchiseur-franchisé sous un angle qualitatif et sous le prisme de la bonne foi, v. **KONIGSBERG (A.), GAUTHIER (A.-M.)**. « Relations franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », *R.J.T.*, 1993, vol. 27, n° 2, p. 633, spéc. p. 654 et s.

¹⁶⁵⁸ **BELLEY (J.-G.), CARON (V.)**. *Ibid.*, p. 306.

¹⁶⁵⁹ **BELLEY (J.-G.), CARON (V.)**. « Un grand arrêt, néanmoins critiquable : *Provigo Distribution c. Supermarché A.R.G.* », *art. préc.*, p. 308.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 323.

¹⁶⁶¹ **BELLEY (J.-G.), CARON (V.)**. « Un grand arrêt, néanmoins critiquable : *Provigo Distribution c. Supermarché ARG* », *art. préc.*, p. 300. *Contra* : **GREGOIRE (M.A.)**. *Liberté, responsabilité, utilité : la bonne foi comme instrument de justice, op. cit.*, p. 212 : « Au-delà de l'intérêt du franchisé, le franchiseur avait aussi intérêt à ce que le commerce du franchisé soit couronné d'un certain succès, tant au plan économique que de la renommée. Ainsi, même pour des contrats de nature "organisation", il ne nous semble pas possible d'affirmer que l'obligation de bonne foi régissant ces contrats soit de nature altruiste ou "solidariste". La coopération avec son cocontractant permet encore la satisfaction de ses propres intérêts [...] ».

¹⁶⁶² *Ibid.*, p. 328 et s.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 334.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 340.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 335.

De fait, l'arrêt rendu par la Cour d'appel « se tient clairement à l'intérieur de la conception classique du rôle judiciaire dans les litiges du droit privé des contrats »¹⁶⁶⁶, c'est-à-dire que le juge se perçoit uniquement comme un « administrateur des volontés contractuelles explicites et implicites des parties ». Il doit être le « garant ultime d'une justice commutative »¹⁶⁶⁷. C'est en vertu – ou plutôt à cause – de cette conception du rôle du juge que la Cour d'appel estime qu'elle doit s'adapter aux lois du marché en respectant le principe de non-ingérence dans les relations commerciales et qu'elle considère que la responsabilité de Provigo ne peut être que contractuelle¹⁶⁶⁸. Qui plus est, l'approche civiliste classique de la responsabilité défend une logique d'indemnisation du préjudice. C'est pourquoi la Cour d'appel, qui ne s'inscrit donc pas dans une logique punitive¹⁶⁶⁹, décide uniquement de réparer le préjudice subi par le franchisé au moment de la création de la chaîne de magasin Héritage et non le préjudice subi postérieurement à cette création.

Une telle motivation aurait sans doute été plus défendable si le contrat en question avait été un contrat de gré à gré. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le contrat conclu par le groupe Gagnon est, il faut le rappeler, un contrat d'adhésion. Comment, donc, maintenir une vision classique du rôle du juge dans l'application d'un contrat qui invite à penser la relation contractuelle autrement ? Qui plus est, l'arrêt de la Cour d'appel a été rendu en 1998, soit quatre ans après la publication du nouveau Code civil du Québec et, par conséquent, de l'article 1379. Les juges n'étaient-ils pas tenus de tirer les conséquences de la qualification de contrat d'adhésion et de son intégration dans le Code ? De s'inspirer de la « nouvelle moralité contractuelle » à laquelle ils font pourtant bel et bien référence ?

282. En raison d'un attachement profond à la tradition civiliste qui peut, par extension, se traduire par une volonté forte de protéger ses principes et idéaux, les juges de la Cour d'appel ont décidé de ne pas aller dans le sens de la « nouvelle moralité contractuelle » mais de conserver une approche classique de leur rôle en particulier, et du droit civil en général. Cette prudence n'est pas sans rappeler la réserve doctrinale qui se manifeste tout

¹⁶⁶⁶ BELLEY (J.-G.), CARON (V.). « Un grand arrêt, néanmoins critiquable : *Provigo Distribution c. Supermarché ARG* », *art. préc.*, p. 328.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 329.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 297.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 311.

particulièrement dans le scepticisme exprimé par la doctrine québécoise vis-à-vis de la nouvelle moralité contractuelle.

b. Le scepticisme doctrinal

283. La méfiance à l'égard de la morale. L'expression « nouvelle moralité contractuelle » peut certainement laisser perplexe, voire même inspirer la méfiance. Elle n'a, en tout cas, pas rencontré la popularité que l'on aurait pu escompter. Rarement reprise telle qu'elle, l'expression « nouvelle moralité contractuelle » a été transformée par les auteurs québécois qui préfèrent parler de « nouvelle mentalité contractuelle »¹⁶⁷⁰, de « nouvelle philosophie contractuelle »¹⁶⁷¹, ou encore de « nouvelle éthique contractuelle »¹⁶⁷². On le sait comme une certitude profonde et inébranlable : droit et morale ne font pas bon ménage¹⁶⁷³. Au droit qui est perçu comme stable, objectif, neutre et contraignant, la morale en serait l'exact opposé : subjective, contingente, la morale serait peu contraignante, trop proche de la religion, trop fuyante¹⁶⁷⁴. Pourtant, les juristes ont parfaitement conscience de la porosité des frontières qui existent entre ces deux notions¹⁶⁷⁵. En fait, les deux systèmes normatifs se complètent plus qu'ils ne s'appauvrissent, s'attirent plus qu'ils ne se repoussent¹⁶⁷⁶. Il est donc admis que la relation, plus que conflictuelle, est en réalité extrêmement complexe. Cependant, les juristes aiment à maintenir les deux notions dans des sphères autonomes qui s'influencent souvent mais ne se confondent jamais. Les frontières, loin d'être poreuses, sont simplement délimitées, du moins essaient d'être

¹⁶⁷⁰ **ROLLAND (L.)**. « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 926.

¹⁶⁷¹ **GREGOIRE (M.A.)**. *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, *op. cit.*, p. 1 ; **LECLERC (G.)**. « La bonne foi dans l'exécution des contrats », *art. préc.*, p. 1081 ; **LEFEBVRE (B.)**. « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », *art. préc.*, p. 2-3.

¹⁶⁷² **GREGOIRE (M.A.)**. *Ibid.*, p. 2.

Bien qu'il se trouve au confluent des frontières de la morale, le terme « éthique » est apprécié pour sa neutralité, notamment vis-à-vis de la religion. Il apparaît plus centré sur l'individu et respire la modernité.

¹⁶⁷³ **CARBONNIER (J.)**. *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., Paris : LGDJ, 1998, p. 91 ; **LE TOURNEAU (P.)**. « Le droit et l'éthique », in *Droit et technique, études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris : Litec, 2007, p. 291.

¹⁶⁷⁴ **CARBONNIER (J.)**. *Ibid.*, p. 96 ; **DURKHEIM (E.)**. *De la division sociale du travail*, *op. cit.*, p. 392 ; **GHESTIN (J.)**, **BARBIER (H.)**. *Introduction générale*, Coll. Traité de droit civil, GHESTIN (J.) (dir.), 5^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, p. 29 et s. ; **HUSSON (L.)**. « Le droit, la morale et les sciences humaines », *Rev. inter. dr. comp.*, vol. 22, n^o 4, oct.-déc. 1970, p. 659 ; **JESTAZ (P.)**. « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.*, oct.-déc. 1990, n^o 4, p. 629-630 ; **KELSEN (H.)**. *Qu'est-ce que la justice ?*, préf. LASSERRE (V.), Genève : éd. Markus Haller, 2012, p. 106 ; **MEKKI (M.)**. « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in *Droit et morale : aspects contemporains*, BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 28, n^o 3.

¹⁶⁷⁵ **FENOUILLET (D.)**. « Propos introductifs », in *Droit et morale : aspects contemporains*, *op. cit.*, p. 7 et s.

¹⁶⁷⁶ **CREPEAU (P.-A.)**. « La fonction du droit des obligations », *art. préc.*, p. 766 ; **MEKKI (M.)**. « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », *art. préc.*, p. 27, n^o 2 ; **TRUDEL (G.)**. *Lésion et contrat*, *op. cit.*, p. 132 et s., spéc. p. 136.

maintenues¹⁶⁷⁷. Ce n'est pourtant pas faute pour certains auteurs d'avoir défendu le droit des obligations comme une « terre d'élection » à l'épanouissement de la morale¹⁶⁷⁸ et d'avoir promu l'émergence d'un contrat moral qui « revitaliserait le lien humain »¹⁶⁷⁹ et garantirait le juste dosage entre passion des contractants et technique contractuelle¹⁶⁸⁰. Bien que nous saisissons les motivations de ces auteurs, dont les écrits expriment un mécontentement croissant face aux déséquilibres contractuels de plus en plus envahissants, nous ne pouvons faire fi de la réalité : le contrat est une notion antagoniste, animée par des valeurs contradictoires mais cependant pas inconciliables¹⁶⁸¹.

Les propos de la professeure Grégoire confortent ce constat évident. Elle estime que : « la bonne foi ne peut aller jusqu'à une obligation de conférer un avantage en parfaite "fraternité" à autrui pour des raisons de cohérence »¹⁶⁸². En effet, l'on ne peut demander à l'une des parties de nier ses propres intérêts pour veiller sur les intérêts de l'autre. Les principes de liberté et de commutativité qui caractérisent le droit des obligations nous enjoignent de veiller nous-mêmes sur nos propres intérêts. Le principe de bonne foi n'a pas pour objectif d'obliger l'une des parties à abdiquer ses intérêts pour agir uniquement en fonction des intérêts de l'autre. Le principe de bonne foi a pour finalité de permettre à chacune des parties d'assurer la sauvegarde raisonnable de ses intérêts et d'assurer la coexistence paisible des droits et libertés desdites parties. A vouloir pousser trop loin la protection de l'équilibre contractuel, on viendrait à donner naissance à une nouvelle situation déséquilibrée. Cette position trouve un écho dans la jurisprudence *Bertico*¹⁶⁸³ à l'occasion de laquelle le juge Kasirer précise que si l'obligation de bonne foi conduit les parties à un contrat de franchise à collaborer, elle n'implique nullement une solidarité ou un quelconque altruisme. Il est tout à fait normal, voire même souhaitable, que les parties

¹⁶⁷⁷ ARNAUD (S.). « Les limites du droit ou l'équation juridique des valeurs sociétales », in *Aux limites du droit*, REGAD (C.) (dir.), Coll. Droit public, Paris : Mare & Martin, 2016, p. 268 ; DURKHEIM (E.). *De la division sociale du travail social*, op. cit., p. 394 ; HUSSON (L.). « Le droit, la morale et les sciences humaines », art. préc., p. 659 ; JESTAZ (P.). « Pouvoir juridique et pouvoir moral », art. préc., p. 633.

¹⁶⁷⁸ RIPERT (G.). *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 30, n° 19.

¹⁶⁷⁹ DARMAISIN (S.). *Le contrat moral*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, p. 11, n° 7.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 31, n° 27.

¹⁶⁸¹ ARNAUD (S.). « Les limites du droit ou l'équation juridique des valeurs sociétales », art. préc., p. 266 ; BATIFFOL (H.). *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 315 ; GHESTIN (J.). « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, janv. 1982, n° 1, p. 1 ; GHESTIN (J.), BARBIER (H.). *Introduction générale*, op. cit., p. 58 et s. ; LE TOURNEAU (P.). « Le droit et l'éthique », art. préc., p. 303.

¹⁶⁸² GREGOIRE (M.A.). *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, op. cit., p. 185 et s., plus spéc. p. 186 ; GREGOIRE (M.A.). *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, op. cit., p. 14.

¹⁶⁸³ *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QC C.A. 624 (CanLII), j. Kasirer.

poursuivent et défendent des intérêts divergents¹⁶⁸⁴. En conséquence, la « nouvelle moralité contractuelle » ne peut passer outre les principes de liberté et de responsabilité. Elle trouve donc ses limites dans la responsabilisation des contractants. Bien qu'il soit à la base de cette « nouvelle moralité », le principe de bonne foi sert, en réalité, de point d'ancrage à l'articulation entre les deux pôles du nouveau droit des contrats québécois à savoir la liberté et la justice contractuelle¹⁶⁸⁵.

284. Le rejet de la « nouvelle moralité contractuelle ». Les auteurs québécois ne sont pas tous des défenseurs convaincus du principe de bonne foi et, par extension, de la « nouvelle moralité contractuelle ». C'est le cas du professeur Bélanger qui juge la « nouvelle moralité contractuelle » inadéquate car extrêmement subjective et nébuleuse. Le professeur Bélanger, dans un article co-écrit avec M. Tabi Tabi, explique qu'il est plus juste de parler de changement de mentalité plutôt que de se référer à la moralité contractuelle. Cette dernière s'est construite sur un principe de bonne foi qui, grâce à son profil flou, ambigu et à connotation morale, n'a joué qu'un rôle de « lubrification contractuelle, dans un contexte juridique où les rouages de la théorie générale se coinçaient un peu plus chaque jour »¹⁶⁸⁶. En soi, la moralité contractuelle ne déclenche pas un bouleversement profond de la théorie contractuelle car elle ne se correspond pas à la conception que les auteurs et les praticiens se font, à l'heure actuelle, de ladite théorie. Le principe de l'autonomie de la volonté et celui de la force obligatoire du contrat demeurent des dogmes intangibles et respectés en droit des contrats québécois. Partant, les auteurs estiment qu'il serait plus juste de parler, comme en France, de solidarisme contractuel¹⁶⁸⁷. Cette idéologie, dépouillée de toute considération morale, serait plus à même d'expliquer la théorie contemporaine du contrat en ce qu'elle laisserait tout autant de place à la volonté individuelle qu'à la volonté sociale¹⁶⁸⁸. Les auteurs perçoivent le solidarisme comme une réponse adaptée au manque de dialogue contractuel en invitant les parties à adopter un certain comportement sans que ces dernières ne soient appelées à nier la défense de leurs intérêts¹⁶⁸⁹. En effet, la solidarité, consubstantielle au contrat, invite les parties qui s'engagent à un contrat à accepter

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, § 73-74.

¹⁶⁸⁵ **ROLLAND (L.)**. « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 918.

¹⁶⁸⁶ **BELANGER (A.), TABI-TABI (G.)**. « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *C. de D.*, sept. 2006, vol. 47, n° 3, p. 445.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 450.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 451.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 463.

« d'œuvrer à la réalisation des attentes légitimes de chacune d'entre elles »¹⁶⁹⁰. « Le contrat est alors perçu comme un moyen d'atteindre l'épanouissement juridique individuel, écrit M. Tabi Tabi, par la satisfaction que nous procurons à l'autre partie en lui permettant de réaliser ses objectifs »¹⁶⁹¹. Le but pour les parties est donc de concilier leurs intérêts. Naîtrait un « nous contractuel »¹⁶⁹² qui laisserait une place à l'autonomisation de la volonté mais dont le processus « requiert des parties d'adopter une attitude intercompréhensive du rapport d'obligations »¹⁶⁹³.

285. Le droit civil québécois présente une certaine ambivalence quant à l'accueil en son sein de la « nouvelle moralité contractuelle » et de ses principes. Selon Jukier, il s'agirait d'une « schizophrénie »¹⁶⁹⁴ du droit civil québécois. D'un côté, il défend la réalisation du principe de bonne foi et la protection des intérêts des parties vulnérables. De l'autre, il ne démord pas des principes classiques de la théorie du contrat en privilégiant la liberté et l'utilité du contrat. L'équation est complexe et l'équilibre, fragile. C'est ainsi que la « nouvelle moralité contractuelle » s'épuise peu à peu et qu'elle trouve ses limites dans d'autres principes encore vivaces du droit des contrats. La saga *Churchill Falls* en est une parfaite illustration. Ceci dit, cette affaire invite à se poser une question : et si le contrat litigieux avait été d'adhésion, la solution retenue par les juges aurait-elle été différente ?

B. La saga *Churchill Falls* : et si le contrat avait été d'adhésion ?

286. L'affaire *Churchill Falls* touche au plus près la dimension politique de la réforme du droit des contrats québécois en mobilisant indirectement des instruments de justice contractuelle alors rejetés par le législateur. Les juges des Cours québécoises et de la Cour suprême du Canada respecteront scrupuleusement l'orientation suivie par le législateur en rejetant la requête de *Churchill Falls* grandement inspirée de la « nouvelle moralité contractuelle » (a.). Néanmoins, il est permis de penser que, peut-être, la solution eut-elle été différente si le litige avait porté sur un contrat d'adhésion (b.).

¹⁶⁹⁰ **TABI-TABI (G.)**. « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », *R.D.U.S.*, 2014, vol. 44, n° 1, p. 80.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*

¹⁶⁹² *Ibid.*, p. 101.

¹⁶⁹³ **TABI-TABI (G.)**. « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », *art. préc.*, p. 101.

¹⁶⁹⁴ **JUKIER (R.)**. « *Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.)* : implications of an expanded doctrine of abuse of rights in civilian contract law », *art. préc.*, p. 238.

a. Le rejet d'une requête inspirée de la « nouvelle moralité contractuelle »

287. Une requête sur le fondement de la bonne foi... ou de l'imprévision ? Les faits de cette affaire sont extrêmement complexes et ont donné lieu à des demandes reconventionnelles et des jugements sur objections concernant les preuves apportées par la compagnie Churchill Falls. En ce qui nous concerne, nous ne retiendrons ici que la problématique concernant l'application du principe de bonne foi en droit québécois. Après de longues et difficiles négociations poursuivies sur plusieurs années, et qui ont donné lieu à la signature d'une lettre d'intention en 1966, la compagnie Churchill Falls et Hydro-Québec conclurent un Contrat d'énergie le 12 mai 1969 pour une durée de quarante-quatre ans, avec un terme renouvelable de vingt-cinq ans. Aux termes de ce contrat, Hydro-Québec s'engagea à acheter presque toute l'énergie produit par la centrale hydroélectrique tenue par Churchill Falls. L'entreprise québécoise s'obligea également à supporter la majorité des risques inhérents à l'opération afin de permettre à Churchill Falls de financer par dette la construction de sa centrale – Hydro-Québec n'hésitera d'ailleurs pas à faire des apports financiers pour que la compagnie terre-neuvienne puisse obtenir les crédits suffisants de la part de ses prêteurs pour mener à bien cette construction. Il faut souligner que durant toute la durée des négociations et jusqu'à la conclusion du contrat, les parties n'avaient pas jugé bon d'insérer dans leur contrat une clause d'indexation leur permettant, à l'avenir, de modifier le prix de l'électricité en cas de survenance de circonstances imprévues. Ce qui arriva, justement, au début des années 1970, où le prix de l'électricité augmenta énormément. Churchill Falls demanda alors une renégociation des termes du contrat au nom du principe de bonne foi. « Le principe de bonne foi du droit civil québécois, au stade de la négociation et de l'exécution des contrats, en particulier dans le contexte des contrats de longue durée, soutient la demanderesse, requiert une modification pour l'avenir de la clause de prix du Contrat d'énergie afin de pourvoir à un prix d'achat juste et équitable pour Churchill Falls ». Hydro-Québec ne répondit pas favorablement à la demande de son partenaire.

288. Le rejet de la demande par la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec. Une instance civile fut donc introduite par la compagnie terre-neuvienne. Cette dernière estimait que l'entreprise québécoise avait manqué à son devoir de bonne foi en refusant de

renégocier les termes du contrat. En se fondant sur les idées véhiculées par la « nouvelle moralité contractuelle », et les arrêts qui en sont à l'origine¹⁶⁹⁵, Churchill Falls considéra ce refus comme un abus de droit de la part d'Hydro-Québec. Aussi, la demanderesse précisa que : « La nouvelle moralité contractuelle, incarnée aux articles 6, 7, 1375 du Code civil du Québec est une limite claire à la “force obligatoire des contrats” et remet en cause l'approche traditionnelle du contrat »¹⁶⁹⁶. Cependant, Churchill Falls prit garde à préciser, dans sa requête, qu'elle ne demandait nullement à aller sur le terrain de l'imprévision¹⁶⁹⁷ qui, de toute façon, n'avait pas été introduite dans le Code civil du Québec réformé. Cet argument fut repris par Hydro-Québec qui soutenait, *a contrario*, que la demande de Churchill Falls était fondée sur « une tentative inadmissible de modifier indirectement le droit positif en invitant le pouvoir judiciaire à renverser un choix législatif à la fois délibéré et récent, soit celui de refuser d'admettre la théorie de l'imprévision dans le droit du Québec »¹⁶⁹⁸. Qui plus est, Hydro-Québec estimait que la compagnie terre-neuvienne ne cherchait pas à rétablir un équilibre contractuel perdu mais à instituer un tout nouvel équilibre contractuel qui lui serait plus favorable. Or, le principe de la force obligatoire du contrat est toujours de mise dans un droit des contrats qui tend à trouver un équilibre entre la stabilité contractuelle et la justice contractuelle¹⁶⁹⁹. Enfin, l'entreprise québécoise affirma que les circonstances étaient loin d'être imprévisibles en ce qu'il était naturel que les prix de l'électricité augmentent¹⁷⁰⁰. La question posée devant les cours québécoises était donc la suivante : « Eu égard aux circonstances ayant donné lieu à la négociation et à la signature du Contrat et compte tenu des événements survenus par la suite, est-ce qu'Hydro-Québec, en refusant de renégocier les modalités de prix pour l'avenir, manque à son obligation d'agir de bonne foi et à son devoir de coopération prévus par le droit civil ainsi qu'à son obligation d'exercice raisonnable de ses droits contractuels ? »¹⁷⁰¹. La Cour supérieure du Québec¹⁷⁰² tout comme la Cour d'appel du Québec¹⁷⁰³ répondent toutes deux par la négative. La motivation du juge Silcoff, reprise par la Cour d'appel du Québec, est construite sur une

¹⁶⁹⁵ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2014 QC C.S. 3590 (CanLII), l'hon. Silcoff, § 428-429.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, § 429.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, § 424.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, § 9 et § 439.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, § 9.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, § 422.

¹⁷⁰² *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, arrêt préc. note n° 1695.

¹⁷⁰³ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2016 QC C.A. 1229 (CanLII). V. **ANCEL (P.)**. « Imprévision et bonne foi en droit québécois », *RDC*, sept. 2017, n° 3, p. 546.

analyse très fine de la relation contractuelle des parties. Suite à son examen, le juge estime, en premier lieu, que le partage des risques s'est fait en faveur de Churchill Falls qui se voyait être protégé contre l'inflation des prix de l'électricité¹⁷⁰⁴. En second lieu, et bien qu'il reconnaisse les changements survenus sur le marché de l'électricité depuis la signature du contrat, le juge retient que ces changements n'étaient pas imprévisibles et que les parties savaient que l'avenir était incertain¹⁷⁰⁵.

A cette motivation, la Cour d'appel ajoute une remarque particulièrement intéressante. Dès le départ, elle constate que : « L'appelante se présente devant la Cour en excellente santé financière. Cet état, selon ses prévisions raisonnables, est permanent. Elle plaide néanmoins que l'écart marqué entre le prix de l'énergie prévu dans le contrat et sa valeur sur le marché actuel rend le contrat initial injuste et que si les parties avaient su cela, elles n'auraient jamais convenu d'un marché redistribuant si injustement les bénéfices entre elles »¹⁷⁰⁶. Puis, les juges de la Cour d'appel poussent leur motivation plus loin¹⁷⁰⁷. Ils commencent par affirmer que lorsque des difficultés surviennent dans le monde des affaires, les parties vont souvent avoir tendance à transiger ou à renégocier leur contrat, notamment lorsque ces difficultés surviennent de circonstances imprévues. Cette dynamique s'explique par la volonté des parties de ne pas courir le risque de voir leur projet, très souvent conçu sur le long terme, se solder par un échec. Les parties préféreront toujours maintenir une relation contractuelle stable plutôt que de devoir engager des procédures judiciaires longues et coûteuses. Or, les juges précisent que ces démarches sont bien souvent entreprises lorsque l'un des contractants souffrent de difficultés financières économiques sérieuses et imprévues, ce qu'ils appellent le *hardship*. A partir de l'instant où son cocontractant refuse de renégocier le contrat ou de temporiser ses effets, l'on peut soutenir qu'il aura manqué à son devoir de bonne foi. Au cas d'espèce, les juges constatent que : « Le dossier tel qu'il se présente ici ne permet pas de conclure que l'appelante, *in concreto*, se trouve dans une situation semblable. Bien au contraire. Non seulement est-elle viable et même prospère, mais à une date future et certaine, ses engagements envers l'intimée prendront fin et elle contrôlera à elle seule des installations et des équipements de

¹⁷⁰⁴ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, arrêt préc. note n° 1695, § 486 et s. (décision de la Cour supérieure).

¹⁷⁰⁵ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, arrêt préc. note n° 1695, § 508.

¹⁷⁰⁶ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, arrêt préc. note n° 1703, § 77 (décision de la Cour d'appel).

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, § 153 et s.

grande valeur, dotés d'un considérable potentiel de revient »¹⁷⁰⁸. Donner à la bonne foi la portée que Churchill Falls aimerait lui faire revêtir « équivaldrait encore une fois à introduire une forme de justice distributive en droit des contrats. Ce n'est pas le rôle que le législateur a confié aux tribunaux »¹⁷⁰⁹. Les juges de la Cour d'appel concluent en affirmant que le principe de bonne foi tel que repris dans les articles 6, 7 et 1375 du Code civil du Québec ne peuvent être d'aucun secours pour l'appelante qui, en réalité, s'est plaint d'un avantage excessif dont bénéficierait Hydro-Québec¹⁷¹⁰. Le seul terrain valable sur lequel elle aurait pu faire valoir sa cause était celui de la lésion entre majeurs dont le champ d'application est, cependant, extrêmement limité¹⁷¹¹.

289. La confirmation du rejet par la Cour suprême du Canada. La Cour suprême du Canada¹⁷¹² ira dans le même sens que les juridictions québécoises et confortera leur motivation tant sur l'inapplicabilité de la théorie de l'imprévision que sur les limites des principes de bonne foi et d'équité. Elle ira même plus loin en excluant le recours à la lésion suggéré par la Cour d'appel. « J'écarte d'emblée ce dernier argument, écrit le juge Gascon. L'équité ne peut être invoquée dans ces circonstances, car elle servirait alors à introduire indirectement dans notre droit, de manière universelle, soit la lésion, soit l'imprévision »¹⁷¹³. Quant à la bonne foi, le juge Gascon ne remet nullement en cause la place fondamentale qu'elle occupe désormais au sein du droit civil québécois, depuis les arrêts fondateurs de la « nouvelle moralité contractuelle » jusqu'à sa consécration dans le Code civil du Québec¹⁷¹⁴. Cependant, le principe de bonne foi, qui s'apprécie au regard d'un comportement déraisonnable évalué au cas par cas, ne peut servir à imposer des obligations qui seraient complètement détachées du comportement des parties¹⁷¹⁵. Or, en l'espèce, le juge Gascon constate qu'aucune preuve ne démontre un comportement déraisonnable de la part d'Hydro-Québec. Enfin, la Cour suprême estime que, si les juges peuvent intervenir dans les contrats pour « corriger des situations injustes », rien dans la relation contractuelle d'espèce n'indique ni une quelconque vulnérabilité ni une quelconque inégalité¹⁷¹⁶. « Les

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, § 156.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, § 158.

¹⁷¹⁰ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, arrêt préc. note n° 1703, § 59 (décision de la Cour d'appel).

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, [2018] 3 R.C.S. 2018 C.S.C. 46 (CanLII), j. Gascon.

¹⁷¹³ *Ibid.*, § 109.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, § 111 et 112.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, § 113.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, § 109.

deux parties au contrat étaient aguerries et en ont longuement négocié les clauses. Elles se sont engagées en toute connaissance de cause et leur comportement révèle l'intention de faire supporter par l'une d'elles le risque de variation des prix de l'électricité »¹⁷¹⁷. Partant, Churchill Falls ne pouvait invoquer l'arrêt *Provigo*, que nous avons étudié précédemment, pour soutenir sa cause car « aucun acte d'Hydro-Québec ne menace de déstabiliser l'équilibre contractuel »¹⁷¹⁸. Les parties étaient sur un même pied d'égalité, et jamais Hydro-Québec n'a renversé cet équilibre à son profit. En l'état de ces constatations, la Cour suprême rejette la demande de Churchill Falls.

290. L'accueil doctrinal de l'arrêt Churchill Falls. L'arrêt *Churchill Falls* rendu par la Cour suprême du Canada n'aura pas manqué d'interroger la doctrine québécoise dont une partie salue la solution, tandis que l'autre se veut plus critique. Bien que réservée sur le sort de la théorie de l'imprévision, la majeure partie de la doctrine se dit satisfaite de la décision rendue par les juges suprêmes. Pour elle, le principe de bonne foi présente, en effet, des limites et ne peut venir au secours d'une partie qui ne souffre aucune difficulté financière et qui avait d'autant plus eu l'occasion de négocier les termes de son contrat. N'était-il pas de la responsabilité des parties, Hydro-Québec comme Churchill Falls, d'insérer une clause d'indexation dans leur contrat pour parer à toute éventualité économique ?

Le professeur André Bélanger, quant à lui, se fait l'écho d'une doctrine déçue par la prise de position de la Cour suprême¹⁷¹⁹. Il considère la décision « malheureuse » tant pour le droit civil québécois en général que pour l'idée que l'on se fait, aujourd'hui, du contrat et de la relation contractuelle en particulier. Tout d'abord, il regrette que la Cour suprême ne se soit pas mise au diapason des autres pays de tradition civiliste, et notamment la France qui a reconnu la théorie de l'imprévision. En effet, l'ordonnance de réforme du droit des obligations de 2016 consacre une disposition à la théorie de l'imprévision à l'article 1195 du Code civil¹⁷²⁰. Ensuite, qu'est-ce qu'une telle décision dit de la relation contractuelle

¹⁷¹⁷ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, arrêt préc. note n° 1712, § 109.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, § 122-123 (arrêt de la Cour suprême du Canada)

¹⁷¹⁹ Les propos repris ici ont été tenus par le professeur Bélanger lors d'un échange réalisé pour un balado créé par les professeurs J. Paquin et J. Torres-Ceyte dans lequel les organisateurs s'interrogent sur les conséquences de la pandémie de Covid-19 sur le droit des contrats québécois de demain. Disponible sur < <https://jurivision.ca/contrat-toute-attente-la-modification-des-contrats-en-temps-de-pandemie/> >.

¹⁷²⁰ Art. 1195 C. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. / En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat,

contemporaine ? Que laisse-t-elle entendre du principe de bonne foi ? Celui-ci s'éteint-il face à la profitabilité ? En effet, Hydro-Québec n'a jamais manqué à son devoir de bonne foi. Cela ne l'a pas empêché de réaliser des « profits faramineux » qui dépassaient ce qui avait été originellement prévu au contrat. Le professeur Bélanger s'interroge : tout en étant de bonne foi, peut-on profiter d'un changement de situation économique ? Selon lui, la décision révèle une conception encore très libérale de la relation contractuelle : « c'est le business avant tout ». A ses yeux, une prise de position courageuse aurait été, pour la Cour suprême, de faire un appel du pied au législateur québécois pour revoir l'introduction de l'imprévision au sein du Code civil du Québec. Cependant, le professeur Bélanger reconnaît qu'une telle décision aurait été éminemment politique et l'on peut comprendre que les juges de la Cour suprême du Canada n'aient pas souhaité ouvrir une « boîte de Pandore » qui aurait très certainement conduit à des abus de la part des justiciables. En effet, il faut souligner que le contexte entourant l'affaire *Churchill Falls* était très politique en ce qu'il touchait aux concepts défendus par le droit civil québécois ; remettait partiellement en cause la réforme du Code civil québécois et interrogeait sur le pouvoir des juges et leur rôle dans la manipulation, l'application, et le dosage de principes désormais phares du droit des contrats québécois. Sur cette question, la pandémie de Covid-19 va certainement inviter les juges québécois à revoir l'éclairage qu'ils souhaitent porter sur les notions fondamentales du droit des contrats québécois. Si la pandémie a certainement eu des retombées négatives, elle va probablement avoir des conséquences positives sur la matière contractuelle qui se heurte à ses propres limites. Invite-t-elle à revoir la copie de la théorie de l'imprévision québécoise ? Les prochains mois, et prochaines années, nous apporteront sans aucun doute la réponse.

b. Pistes de solutions dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion

291. *L'abus de droit et la bonne foi, des solutions raisonnables.* Il est une autre question qui reste entière. La solution rendue par les juges, tant des Cours québécoises que de la Cour suprême, aurait-elle été différente si le contrat conclu entre Churchill Falls et

à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Hydro-Québec avait été un contrat d'adhésion ?¹⁷²¹ Les juges auraient-ils été plus entreprenants si une inégalité contractuelle avait été constatée ? La motivation exposée par la Cour suprême laisse entrevoir une réponse affirmative à cette dernière question. En effet, les juges précisent que leur pouvoir d'intervention au sein de la relation contractuelle ne se déploie largement que lorsque le contrat présente un déséquilibre né d'une inégalité qu'il faut corriger. Or, ils relèvent qu'au cas d'espèce, les deux parties avaient eu l'opportunité de négocier d'égal à égal les termes de leur contrat et qu'aucune vulnérabilité ne venait gangrener la relation contractuelle. Partant, si Churchill Falls et Hydro-Québec n'avaient pas disposé de la même force de négociation et, qu'en conséquence, le contrat conclu eut été d'adhésion, nous pouvons imaginer que les juges auraient statué en faveur de la partie faible. Mais sur quel fondement ? L'imprévision étant impossible à invoquer et l'article 1437 ne pouvant s'appliquer car il n'est pas question de clause abusive, les juges auraient-ils statué sur le fondement de l'article 7 du Code civil du Québec ? Ce dernier dispose qu' : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ». Il aurait été possible de retenir la responsabilité d'Hydro-Québec pour avoir abusé de sa position dominante en refusant de renégocier les termes du contrat malgré le changement de circonstances économiques. Une autre solution aurait pu être trouvée dans l'application de l'article 1375 qui dispose que : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». A l'image de l'arrêt *Provigo*, qui aurait trouvé à s'appliquer si le contrat avait été d'adhésion, les juges auraient pu sanctionner Hydro-Québec pour avoir manqué à l'obligation de collaboration en ne tenant pas compte des intérêts de son cocontractant.

292. La lésion, une solution envisageable ? Les juges auraient-ils pu se fonder sur la lésion, comme cela avait été implicitement suggéré par la Cour d'appel ? L'éventualité n'est pas à exclure. La promotion de la lésion-sanction¹⁷²² est indissociable de la multiplication

¹⁷²¹ Remarque énoncée par Mme la Professeure A. Popovici lors de son allocution prononcée pendant le colloque organisé, en 2019, par le GRDP de l'UQÀM et la Chaire du Notariat sur le thème : « La bonne foi à l'épreuve de la temporalité contractuelle ».

¹⁷²² **MASSOL (G.)**. *La lésion entre majeurs en droit québécois*, *op. cit.* : M. Georges Massol distingue trois types de lésion : la lésion-remède, qui sanctionne un vice de consentement (p. 21 et s.), la lésion-sanction, qui lutte contre l'exploitation de la partie faible au contrat (p. 33 et s.), et la lésion pour défaut d'équivalence des prestations (p. 44). Les deux premières seraient de nature subjective, tandis que la troisième serait objective. La lésion-sanction réprime les cas d'exploitation du besoin, de la légèreté, de la faiblesse ou de l'inexpérience de la partie vulnérable : « Cette conception se caractérise par sa nature hybride. En effet, à côté d'un état subjectif propre à la personne lésée, apparaît une volonté

des contrats d'adhésion qui, en raison de l'inégalité caractéristique de la relation contractuelle, peut souffrir d'un déséquilibre en valeur. « La soumission à la volonté d'autrui devrait d'autant entraîner un devoir de contrôle des profits, écrit la professeure Grégoire, que ceux-ci puissent être considérés comme le résultat d'un exercice raisonnable d'une prérogative de contracter »¹⁷²³. Le contrat d'adhésion, symptôme d'une atteinte à la justice contractuelle, apparaît comme le tremplin à l'exercice de la sanction de la lésion¹⁷²⁴. L'application de la lésion-sanction viendrait alors injecter plus de morale en sanctionnant la partie qui aurait profité de la situation de faiblesse de son cocontractant. En effet, « nous ne pouvons accepter qu'une personne s'enrichisse impunément au détriment d'autrui », affirme la professeure Grégoire¹⁷²⁵. Elle ajoute que : « comme tout autre exercice d'un droit, elle doit le faire à l'intérieur de la zone d'équilibre social qui encadre son droit aux profits »¹⁷²⁶. « En ce sens, conclut l'auteure, la lésion ne sera pas sanctionnée parce qu'elle constitue un défaut d'égalité des prestations, mais bien parce qu'elle sera la résultante de l'injustice commise en situation d'hégémonie d'une partie sur l'autre. Ce n'est pas la valeur économique qu'on sanctionne, mais la preuve, par la lésion, de l'exploitation d'une partie par l'autre »¹⁷²⁷. Cependant, aurait-il été envisageable pour les juges de statuer à l'encontre de l'article 1405 sans faire une interprétation large et contraire à l'intention du législateur qui souhaitait circonscrire le champ d'application de la lésion afin de ne pas « compromettre la stabilité de l'ordre contractuel »¹⁷²⁸ ? En effet, l'article 1405 dispose explicitement qu' : « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ». Le contrat d'adhésion entre-t-il dans le cadre des « cas expressément prévus par la loi » ? Rien n'est moins sûr, à moins d'adopter une interprétation téméraire.

293. Si le contrat conclu entre Churchill Falls et Hydro-Québec avait été qualifié d'adhésion, les juges auraient probablement statué dans le sillage des idées véhiculées par la

active de la part du cocontractant d'exploiter cette situation qui sera souvent perçue comme une faute de sa part ou un manque à la moralité et aux principes de bonne foi » (p. 33).

¹⁷²³ **GREGOIRE (M.A.)**. « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois ? », *art. préc.*, p. 322.

¹⁷²⁴ **MASSE (C.)**. « L'équité contractuelle », *art. préc.*, p. 51.

¹⁷²⁵ **GREGOIRE (M.A.)**. « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois ? », *art. préc.*, p. 322.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 322.

¹⁷²⁷ *Ibid.*

¹⁷²⁸ *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, le Code civil du Québec*, Québec : Les Publications du Québec, 1993, p. 853.

« nouvelle moralité contractuelle » revendiquée par Churchill Falls. Néanmoins, ce n'est pas tant le contrat d'adhésion, préalable certes nécessaire, qui aurait permis aux principes de cette « nouvelle moralité » de s'épanouir mais bien le remède appliqué au déséquilibre contractuel. En ce sens, c'est la lésion qui semble être la plus indiquée. Dès lors, ce véritable *leitmotiv* – regretté – de l'incarnation de la justice contractuelle en droit québécois des contrats semble être le symbole par excellence de la nouvelle moralité contractuelle. Seule, et sans l'appui de la lésion ou de la révision pour imprévision, la notion de contrat d'adhésion n'entraîne pas le principe de justice contractuelle dans le sillage de la « nouvelle moralité contractuelle » qui embrasse une conception extensive et plus rigoureuse du principe de bonne foi. Cependant, le contrat d'adhésion demeure incontestablement le formidable catalyseur d'un renouvellement du principe de justice contractuelle.

§ 2 : La notion de contrat d'adhésion : le stimulateur d'un épanouissement de la justice contractuelle

294. L'introduction du contrat d'adhésion au sein du Code civil français et du Code civil du Québec provoque inmanquablement un bouleversement structurel au sein de la théorie classique du contrat. Loin de simplement revisiter la théorie générale du contrat, le contrat d'adhésion entraîne, comme nous l'avons vu en introduction, un schisme au sein de ladite théorie. Cette scission naît de la distinction entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, nouvelle *summa divisio* du droit privé des contrats. Une autre théorie générale a fait son apparition, traduisant une philosophie contractuelle inédite qui semble évoluer en parallèle de la philosophie traditionnelle du contrat. En cela, le contrat d'adhésion propose un modèle de pensée différent axé non plus sur la « sanctuarisation de la loi contractuelle »¹⁷²⁹, mais sur la recherche de la protection des parties les plus vulnérables. Le changement de paradigme induit par le contrat d'adhésion emporte, de fait, des conséquences sur la conception que l'on peut avoir de la justice contractuelle. Quels nouveaux aspects de la justice contractuelle le contrat d'adhésion dévoile-t-il ? Il nous semble pouvoir relever deux expressions de l'expansion de la justice contractuelle. Tout d'abord, cette dernière ne s'apprécie plus uniquement à l'aune de l'équivalence des

¹⁷²⁹ REVET (T.). « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *art. préc.*, p. 108, n° 8.

prestations mais de l'équilibre du contrat (A.). Ensuite, l'idéal de l'égalité de fait semble être remplacé par celui de l'inégalité de fait corrigée (B.).

A. De l'équivalence des prestations à l'équilibre de la relation contractuelle

295. *Le contrat d'adhésion, enfermé dans la conception classique de la justice contractuelle ?* La conception québécoise de la lésion précédemment étudiée ne peut qu'interpeller le civiliste français : comment peut-on imaginer que la lésion, même appliquée à un contrat d'adhésion¹⁷³⁰, puisse sanctionner autre chose qu'un déséquilibre des prestations ? Par définition, la lésion est comprise comme un déséquilibre de valeur¹⁷³¹. Sa sanction réprime un équilibre contractuel rompu qui se traduit, habituellement, en termes quantitatifs et proportionnés¹⁷³². La justice contractuelle que cherche à protéger la lésion est perçue à travers la grille de lecture classique du droit des contrats, c'est-à-dire que la justice contractuelle cherche à garantir l'équivalence des prestations¹⁷³³. Cette conviction est rappelée à l'article 1168 du Code civil français qui dispose que : « 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 »¹⁷³⁴. En conséquence, selon le professeur Chantepie : « le rattachement de la lésion à la justice sociale [en droit québécois] résulte tout simplement de l'oubli de la nature même de cette notion. La lésion réside dans le déséquilibre des prestations échangées dans le cadre d'un contrat [...] »¹⁷³⁵. « Concevoir la révision pour lésion comme un instrument de justice sociale, poursuit l'auteur, conduit à renier sa nature et son utilité spécifique »¹⁷³⁶. Finalement, l'auteur, qui défend la reconnaissance de la lésion sans distinction de pouvoirs¹⁷³⁷, estime que le droit québécois,

¹⁷³⁰ **LE GAC-PECH (S.)**. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. MUIR-WATT (H.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, p. 290, n° 731.

¹⁷³¹ **CHANTEPIE (G.)**. *La lésion*, *op. cit.*, p. 67 et s.

¹⁷³² **LE GAC-PECH (S.)**. *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *op. cit.*, p. 6-7.

V. Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ.* IV, n° 188. La Cour de cassation retient, en effet, la responsabilité de la banque pour avoir fait souscrire à un dirigeant social un cautionnement « manifestement disproportionné à ses revenus ». Avalisant la motivation de la Cour d'appel, la Haute Cour décide que « dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, « sans aucun rapport » avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste [...] ». Si la Cour de cassation s'en tient à l'appréciation du patrimoine de la caution, il n'en reste pas moins qu'elle sanctionne l'exercice d'une prérogative ayant également creusé le déséquilibre de pouvoirs entre les parties, et ce bien que la caution ait été une personne généralement considérée comme « sachante » et plus à même de veiller à la défense de ses intérêts. V. **MAZEAUD (D.)**. « La politique contractuelle de la Cour de cassation », *art. préc.*, p. 385, n° 20.

¹⁷³³ **CHANTEPIE (G.)**. *La lésion*, *op. cit.*, p. 25 et s.

¹⁷³⁴ **HOUTCIEFF (D.)**. « Le nouvel équilibre contractuel (formation), *art. préc.*, 57 et p. 59 et s.

¹⁷³⁵ **CHANTEPIE (G.)**. *Ibid.*, p. 460, n° 733.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ *Ibid.*, p. 473, n° 751.

en ne distinguant pas l'exploitation de la partie faible et la lésion économique détachée de toute idée de protection, a finalement bel et bien « privilégié la recherche d'une "nouvelle moralité contractuelle" à la recherche d'équilibre contractuel »¹⁷³⁸. L'on pressent, à la lecture de ce constat, un glissement dans la définition que l'on peut avoir de la justice contractuelle. La « nouvelle moralité contractuelle », aussi critiquable que l'expression puisse être, tire sa nouveauté de la recherche d'un objectif inédit qui se distingue de l'équivalence classique des prestations. Cette recherche s'articule notamment autour de la figure du contrat d'adhésion qui est indubitablement à l'origine d'un élargissement du sens à donner à la justice contractuelle. En effet, peut-on se persuader que le déséquilibre inhérent à la relation entre les parties au contrat d'adhésion en est uniquement un de patrimoines ? Loin s'en faut. Le déséquilibre du contrat d'adhésion se rapprocherait du déséquilibre « *inter partes* » mis en avant par Madame Le Gac-Pech au sujet du contrat de consommation¹⁷³⁹. Ce déséquilibre, qui est extérieur au contrat et qui s'apprécie selon la qualité de la personne, trouve une correction dans la protection de la partie considérée comme vulnérable. Partant, l'on ne peut soutenir que l'équilibre contractuel du contrat d'adhésion s'apprécie uniquement à la lumière des prestations quantitatives.

296. Dépasser la commutativité traditionnelle. Vue à travers la lorgnette du contrat d'adhésion, certains auteurs invitent à aborder la problématique de la justice contractuelle non pas sous l'angle de l'équivalence des prestations mais à l'aune de l'équilibre des intérêts des parties au contrat. Au Québec, le professeur Tancelin fut le premier à prévenir qu'il était crucial de veiller à « l'équilibre des intérêts » dans les contrats d'adhésion conclus par les consommateurs car ils « ne sont pas des contrats résultant de la fusion de deux volontés mais d'une simple convergence d'intérêts »¹⁷⁴⁰. Dès l'instant où la liberté de l'adhérent est « clairement tronquée », « la relation cesse d'être conforme aux principes même d'une

¹⁷³⁸ CHANTEPIE (G.). *La lésion*, op. cit., p. 461, n° 734.

L'approche québécoise de la lésion est loin d'être erronée. Elle a tout simplement embrassé une conception plus large de la justice contractuelle. Dès lors, la lésion n'est plus uniquement appréciée objectivement mais aussi subjectivement. Dans une société où les contrats d'adhésion sont légions, il importe de multiplier le plus possible des contrepois susceptibles de protéger une catégorie particulière de contractants. La lésion, dont le concept est amené à évoluer dans une théorie générale du contrat en pleine mutation, ne peut que voir son rôle changer afin de pleinement devenir une mesure de justice contractuelle, entendue dans son sens le plus large. Partant, il ne peut plus exister une forme de lésion mais bien plusieurs qui doivent être articulées ensemble afin de mieux apprécier leur complémentarité. En ce sens,

¹⁷³⁹ LE GAC-PECH (S.). *La proportionnalité en droit privé des contrats*, op. cit., p. 54 et s.

¹⁷⁴⁰ TANCELIN (M.). *Des obligations : contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 1988, p. 61, n° 110.

justice subjective fondée sur la volonté »¹⁷⁴¹. En conséquence, « la possibilité de gestion des droits et intérêts de la partie adhérente est manifestement réduite à son minimum » si bien que « la justice commutative est compromise »¹⁷⁴². Le contrat d'adhésion appelle donc la doctrine et la jurisprudence à se détacher de la lecture classique de la théorie du contrat en accueillant l'idée que : « la justice contractuelle passe aussi par le respect du principe de coexistence paisible des droits et intérêts »¹⁷⁴³. En ce sens, « les juristes ne peuvent donc plus se contenter de l'interprétation traditionnelle de l'immutabilité contractuelle fondée sur une conception subjective de la juste commutativité »¹⁷⁴⁴. Face au contrat d'adhésion, la professeure Grégoire estime qu'il est désormais important et nécessaire de passer d'une commutativité subjective à une « commutativité objective » qui ne serait plus (seulement) fondée sur le rapport mathématique des prestations échangées mais qui serait également appréciée à l'aune de l'exercice que chaque partie fait de sa liberté¹⁷⁴⁵. Cette commutativité objective, qui puise ses racines dans les principes de bonne foi et d'équité, aurait pour finalité de garantir la protection de la partie faible en tenant compte de toutes les composantes du contrat d'adhésion, et plus particulièrement des clauses secondaires qui n'ont pas été négociées par les parties¹⁷⁴⁶. A l'auteure de conclure qu'« ainsi définie, la justice commutative ne devient pas une justice basée exclusivement sur une relation mathématique “objet-objet” mais sur une relation comportant aussi des aspects “sujet-sujet”, avec pour trait d'union, le principe général de la coexistence paisible des droits et des intérêts »¹⁷⁴⁷.

297. Embrasser un équilibre multipolaire. En France, la professeure Thibierge à l'aube du XXI^e siècle, avait énoncé l'affirmation suivante : « l'évolution, dans son incessant mouvement, amène maintenant le droit des contrats vers plus d'exigence encore. Par-delà la nécessité quantitative d'un relatif équilibre des prestations et d'une quête d'égalité réelle des parties, se dessine aujourd'hui une aspiration qualitative qui conduit à se soucier de

¹⁷⁴¹ GREGOIRE (M.A.). *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice, op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁴² GREGOIRE (M.A.). *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice, op. cit.*, p. 74. V. égal., de la même auteure, l'article « *Economie subjective c. 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* », *R.J.T.*, 2010, vol. 44, n° 1, p. 15.

¹⁷⁴³ GREGOIRE (M.A.). *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice, op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 79.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 78-79.

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 96 et s.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 115.

l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence d'une sorte de solidarité, voire de fraternité contractuelle »¹⁷⁴⁸. L'on sait que ce qui pose problème dans les contrats d'adhésion, ce n'est pas tant la prestation principale qui a été connue et acceptée des deux parties, mais les abus nichés dans les clauses accessoires dont l'adhérent n'a souvent pas connaissance. C'est donc moins le déséquilibre des prestations qui inquiète que les abus de pouvoir conduisant à des déséquilibres contractuels qui défavorisent la partie faible au contrat¹⁷⁴⁹. Il s'agit donc de contrer les conséquences néfastes de l'usage abusif d'un pouvoir déséquilibrant en rééquilibrant le contenu contractuel. Ce rééquilibrage passe notamment par une épuration de l'économie générale du contrat en supprimant les clauses déséquilibrées et en introduisant des clauses plus « saines »¹⁷⁵⁰. Ce souci d'équilibre revisité « se traduit par la volonté de protéger certains contractants contre l'exploitation abusive de leur faiblesse économique [...] »¹⁷⁵¹. A un auteur de renchérir : « il est de l'essence du droit d'offrir aux contractants l'assurance d'un minimum de justice afin d'éviter les abus résultant d'un rapport de force déséquilibré »¹⁷⁵². Ainsi, la justice contractuelle s'exprime aujourd'hui aussi bien à travers la notion d'équivalence que celle d'équilibre¹⁷⁵³. La professeure Cumyn rappelle que la justice commutative a pendant longtemps été au cœur du sens donné à la justice contractuelle¹⁷⁵⁴. Ceci étant, elle souligne que cette dernière « s'est également enrichie au fil du temps de doctrines qui tiennent compte de l'inégalité des parties, en attribuant une responsabilité plus lourde à la partie la plus forte et en admettant le besoin de protection plus important de la partie la plus faible [...] »¹⁷⁵⁵. En conséquence, les auteurs de doctrine, tant français que

¹⁷⁴⁸ **THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)**. « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, juin 1997, n° 2, p. 376-377, n° 26.

¹⁷⁴⁹ **CHENEDE (F.)**. « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative : du mythe à la réalité », *Droit & philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Paris : Dalloz, 2012, p. 175 et s.

¹⁷⁵⁰ **LASBORDES (V.)**. *Les contrats déséquilibrés*, *op. cit.*, p. 424 et s.

¹⁷⁵¹ **CHAZAL (J.-P.)**. « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost », *art. préc.*, p. 1316, n° 7. V. égal. **CUMYN (M.)**. *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2002, p. 239, n° 337 : « Les lois qui relèvent de l'ordre public de protection vise à combattre les atteintes à la justice contractuelle [...] : les manœuvres déloyales d'une partie, l'abus d'un contractant plus faible, le déséquilibre des prestations et la déception des attentes ou des besoins de la victime » ; **CUMYN (M.)**. « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *R.J.T.*, 2007, vol. 41, n° 41, p. 8.

¹⁷⁵² **GUEGUEN (J.-M.)**. « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.*, sept. 1999, n° 33, p. 352, n° 1.

¹⁷⁵³ **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**. « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », *art. préc.*, p. 38.

¹⁷⁵⁴ V. *supra* n° 9.

¹⁷⁵⁵ **CUMYN (M.)**. « L'équité : définitions et concepts », in *L'équité au service du consommateur*, *op. cit.*, p. 10.

québécois, ne parlent plus forcément d'équivalence des prestations ou des patrimoines¹⁷⁵⁶ mais plus fréquemment « d'équilibre du contrat », de ses « droits et obligations »¹⁷⁵⁷, « des stipulations contractuelles »¹⁷⁵⁸, mais aussi de « juste équilibre entre les parties »¹⁷⁵⁹, « d'équité contractuelle »¹⁷⁶⁰, « d'équilibre notionnel de la convention »¹⁷⁶¹, ou encore « d'équilibre normatif du contrat »¹⁷⁶². L'on remarque la nuance de vocabulaire. La notion d'équivalence « ne prend en compte que les prestations » alors que la notion d'équilibre est beaucoup plus compréhensive « mais aussi plus floue [ce] qui inclut à la fois l'idée d'équilibre des prestations mais plus largement des relations des parties [...] »¹⁷⁶³. La seule conception de la justice contractuelle définie « comme la recherche de l'équilibre des prestations dans le contrat [...] » se voudrait très réductive¹⁷⁶⁴. Il est aujourd'hui urgent de se rendre compte que « l'idée de justice s'est déplacée »¹⁷⁶⁵. « Le contrat, écrit Madame Chaudouet, est [...] appréhendé sous un autre angle, en tant que lieu d'échange de droits et d'obligations réciproques composant son contenu obligationnel ; le droit se préoccupe désormais de la répartition déséquilibrée de ceux-ci entre les contractants »¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁵⁶ Certains auteurs renvoient toujours à l'équivalence des prestations lorsqu'ils font référence à la justice contractuelle. V. par ex. : **FENOUILLET (D.)**. « Les valeurs morales », *art. préc.*, p. 593, n° 20 ; **L'HEUREUX (N.)**, **LACOURSIERE (M.)**. *Droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 2011, p. 21, n° 14 et p. 25 et s. ; **TANCELIN (M.)**. « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 1978, vol. 30, n° 4, p. 1014 et 1024 ; **L'HEUREUX (N.)**. « La protection du consommateur », *C. de D.*, déc. 1988, vol. 29, n° 4, p. 1085.

¹⁷⁵⁷ **CHAZAL (J.-P.)**. « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G*, juill. 1998, n° 29, I, doctr. 152, p. 1315, n° 2 ; **JAMIN (C.)**. « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *art. préc.*, p. 162, n° 4 ; **THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)**. « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *art. préc.*, p. 379, n° 29.

¹⁷⁵⁸ **GUEGUEN (J.-M.)**. « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *art. préc.*, p. 357, n° 29.

¹⁷⁵⁹ **PERRET (L.)**. « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », *R.G.D.*, 1980, vol. 11, n° 2, p. 540.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 537. V. égal. **CUMYN (M.)**. « L'équité : définitions et concepts », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 1 ; **MOORE (B.)**. « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », in *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, MANIET (F.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2005, p. 113.

¹⁷⁶¹ **HOUTCIEFF (D.)**. « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *art. préc.*, p. 55.

¹⁷⁶² **MOORE (B.)**. *Ibid.*, p. 123 : l'auteur donne la définition suivante de l'équilibre normatif du contrat : « J'entends par l'équilibre normatif du contrat, ce qui touche non pas à l'équilibre des prestations elles-mêmes, ce qui est du domaine de la lésion, mais plutôt l'ensemble des stipulations contractuelles qui encadrent la relation contractuelle [...] ». Ces clauses, si elles « ne remettent pas en cause l'équilibre économique global du contrat, [...] soumettent le consommateur à des conditions de mise en œuvre ou de terminaison du contrat très lourdes ». L'auteur pense ici, plus particulièrement, et sans surprise, au contrat d'adhésion.

¹⁷⁶³ **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**. « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », *art. préc.*, p. 39. V. égal. : **HOUTCIEFF (D.)**. « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *art. préc.*, p. 58-59.

¹⁷⁶⁴ **GUEGUEN (J.-M.)**. « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *art. préc.*, p. 356, n° 25.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, n° 27.

¹⁷⁶⁶ **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, p. 6, n° 5.

En réalité, plus qu'un déplacement, l'idée de justice s'est émancipée pour embrasser d'autres facettes de sa réalité. Cette émancipation est rendue possible grâce au « caractère "géométrique" de la notion d'équilibre contractuel »¹⁷⁶⁷. Cette dernière recouvre beaucoup de manifestations différentes qui comptent parmi elles, l'équivalence, l'égalité, l'identité, ou encore l'équipartition¹⁷⁶⁸. Cela peut expliquer l'ambiguïté de la définition donnée par certains auteurs de l'équilibre contractuel. C'est le cas, par exemple, de la professeure Fin-Langer qui, dans un souci de compréhension globale et approfondie de la notion, propose une définition très large de l'équilibre contractuel sans prendre le parti de privilégier un sens plutôt qu'un autre, ce qui peut porter à confusion¹⁷⁶⁹. C'est ainsi que l'auteure définit l'équilibre contractuel comme « l'idée selon laquelle le contenu juridique et économique du contrat se trouve dans un état de repos et/ou d'harmonie et le reste malgré l'influence de forces extérieures sur ce contenu »¹⁷⁷⁰, pour ensuite souligner que l'idée d'équilibre contractuel « précise celle de justice commutative ». « Elle traduit la volonté d'avoir un échange juste et une composition harmonieuse du contenu du contrat, entre les prestations ainsi qu'entre les droits et les obligations », écrit l'auteure. « Le but de l'équilibre contractuel consiste à réaliser la justice à l'intérieur même de la relation entre les deux patrimoines, poursuit la professeure Fin-Langer. Il ne traduit pas la recherche d'une égalité entre les parties contractantes. L'équilibre concerne le lien objectif et non le lien subjectif du contrat »¹⁷⁷¹. Autrement dit, « l'équilibre contractuel concerne cet échange économique et non la relation personnelle. L'équilibre contractuel permet donc d'expliquer cette relation entre deux patrimoines et de comprendre désormais le contrat lui-même »¹⁷⁷². Partant, l'on comprend qu' : « entre l'équilibre contractuel entendu d'un combat contre l'excès, celui qui désarme le fort en même temps qu'il arme le faible, celui qui s'en prend à toute forme de lésion et, dans ce prolongement, celui qui tend à la parfaite égalité en valeur voire en nature (pour ne citer que ces formes possibles d'équilibre contractuel), la palette est bigarrée et les

¹⁷⁶⁷ **JACQUES (P.)**. *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. CHABAS (F.), Coll. Nouvelle biblio. des thèses, Paris : Dalloz, 2005, p. 774, n° 365.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*

¹⁷⁶⁹ **CHANTEPIE (G.)**. *La lésion*, *op. cit.*, p. 35, n° 50.

¹⁷⁷⁰ **FIN-LANGER (L.)**. *L'équilibre contractuel*, préf. THIBIERGE (C.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2002, p. 31, n° 22.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 97, n° 130.

¹⁷⁷² *Ibid.*, p. 119-120, n° 165.

teintes qui y sont portées pas nécessairement harmonieuses... »¹⁷⁷³. La conception défendue de l'équilibre contractuel et l'orientation donnée à cette notion dépend beaucoup du versant de la théorie générale sur lequel nous nous positionnons, et est largement tributaire de la politique juridique menée par le législateur¹⁷⁷⁴. L'on sait que les réformes française et québécoise du droit des contrats conservent une dimension classique et promeuvent une dynamique libérale si bien que la justice contractuelle peut toujours être entendue comme visant à protéger l'équilibre économique du contrat. Néanmoins, ces deux réformes se démarquent du droit des contrats traditionnel en ayant pour objectif la réglementation du contrat d'adhésion et la protection de la partie vulnérable. Dès lors, cette politique contractuelle influence la conception étroite de la justice contractuelle pour l'élargir en dévoilant un autre versant de l'équilibre contractuel.

298. Il est une autre notion qui subit également les fluctuations des politiques juridiques ce qui fait d'elle une idée presque insaisissable. Condition *sine qua non* à la réalisation de la justice contractuelle, la conception que l'on choisit d'adopter de la notion d'égalité influence la compréhension que l'on a de ladite justice, qu'elle soit un idéal à la réalisation de l'équivalence des prestations ou de l'équilibre du contenu du contrat. Or, l'insertion du contrat d'adhésion dans le Code civil français et le Code civil du Québec n'a pas manqué de privilégier une approche de l'égalité sur l'autre, passant d'une égalité réelle illusoire à une égalité sociale en quête d'affirmation.

B. De l'assertion de l'égalité entre les parties à la correction de l'inégalité entre les parties

299. *L'égalité réelle avant l'avènement du contrat d'adhésion.* « A telle enseigne que la finalité première du droit étant alors la justice, l'égalité en est assez naturellement la réalisation la plus manifeste, si ce n'est le prolongement utile »¹⁷⁷⁵. Si le contrat d'adhésion renverse la conception classique de la justice contractuelle, il va sans dire qu'il conduit

¹⁷⁷³ **JACQUES (P.)**. *Regards sur l'article 1135 du Code civil, op. cit.*, p. 775, n° 365. V. égal. **GRYNBAUM (L.)**. *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, préf. GOBERT (M.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, p. 34 et s.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 771, n° 363 et p. 776, n° 365 ; **JAMIN (C.)**. « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *Petites Affiches*, mars 1996, n° 29, p. 24 et s.

¹⁷⁷⁵ **TERRE (F.)**. « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *APD*, 2008, t. 51, p. 21. V. égal. **BERTHIAU (D.)**. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX (J.-L.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1999, p. 9, n° 17.

également à un bouleversement de la compréhension que l'on peut avoir de l'égalité. Cependant, et au même titre que la justice contractuelle, le contrat d'adhésion entraîne moins un déplacement de l'idée d'égalité qu'une expansion de son sens. Semblablement à la justice contractuelle, et peut-être plus encore, l'égalité se veut être une notion floue, fuyante et subjective¹⁷⁷⁶, polysémique et « protéiforme »¹⁷⁷⁷, tantôt considérée comme un « dogme »¹⁷⁷⁸, tantôt comme une « chimère », et dont le titre de principe a pu lui être refusé en raison de son caractère instable¹⁷⁷⁹. A l'instar de la justice contractuelle, le sens conféré à l'égalité varie suivant les temps et les lieux, et dépend des différentes politiques juridiques menées par le législateur¹⁷⁸⁰. Autrefois, elle se voulait réelle et absolue, reflet de la théorie de l'autonomie de la volonté et corollaire de la liberté contractuelle¹⁷⁸¹. En France, comme au Québec, les Hommes, êtres absolument libres et dépourvus de tout lien juridique, ne pouvaient être considérés autrement que sur un même pied d'égalité lorsque venait le temps de négocier et conclure un contrat. Si inégalité il y avait, elle ne concernait que les patrimoines des parties¹⁷⁸². En conséquence, l'égalité commutative, entendue dans son sens le plus strict, souffrait d'une inégalité de prestations qu'il fallait corriger. Ceci étant, l'égalité réelle est sans aucun doute la plus difficile à réaliser en ce qu'elle ne constitue qu'un idéal « jamais atteint, mais toujours convoité, convoitise qui doit s'exprimer par l'affirmation et le maintien d'une égalité formelle entre les individus »¹⁷⁸³.

300. Le contrat d'adhésion et l'apparition de l'égalité sociale. L'apparition du contrat d'adhésion vient bouleverser cette égalité fictive¹⁷⁸⁴ et interroge : L'égalité est-elle

¹⁷⁷⁶ BERTHIAU (D.). *Ibid.*, p. 8, n° 14 ; GUERLIN (G.). « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », in *L'Égalité en droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovidia, 2015, p. 67 et s. ; LOQUIN (E.). « Rapport de synthèse », in *L'Égalité en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 229-230.

¹⁷⁷⁷ GUERLIN (G.). *Ibid.*, p. 73, n° 10.

¹⁷⁷⁸ BREGI (J.-F.). « L'égalité dans le droit des obligations, l'exemple de Rome », in *L'Égalité en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁷⁹ MAZIERE (P.). *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. TEYSSIE (B.), Aix-en-Provence : PUAM, 2003, p. 45, n° 50.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 152 et s. ; GUERLIN (G.). « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », *art. préc.*, p. 73, n° 6.

¹⁷⁸¹ LITTY (O.). *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, *op. cit.*, p. 2, n° 2 ; GUERLIN (G.). « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », *art. préc.*, p. 73-74 ; LOQUIN (E.). « Rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 231 ; MOREAU (M.). « L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », in *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Les Journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1990, p. 42-43.

¹⁷⁸² BERTHIAU (D.). *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, *op. cit.*, p. 405 et s. ; LOQUIN (E.). « Rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 232.

¹⁷⁸³ LITTY (O.). *Ibid.*, p. 1, n° 1 ; CORNU (G.). « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », TAHC, t. 14, Paris : Dalloz, 1965, p. 89.

¹⁷⁸⁴ CORNU (G.). *Ibid.*, p. 119 ; GUERLIN (G.). « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », *art. préc.*, p. 73, n° 6.

de l'essence même du contrat¹⁷⁸⁵ ? L'inégalité est-elle seulement corrigible ? Que l'on soit en France ou au Québec, le constat est le même : avec la multiplication des contrats d'adhésion, une certaine inégalité, loin d'être acceptée, est cependant tolérée¹⁷⁸⁶. Elle constitue le fondement de ces dizaines de contrats que l'on conclut au quotidien, tous indispensables à la réalisation d'un certain équilibre économique et social. Toutefois, cette inégalité devient prohibée lorsque le déséquilibre admis par le droit se transforme en un déséquilibre significatif en raison d'un abus de pouvoir de la partie forte au contrat. Comme le souligne un auteur québécois, « l'objectif, moins ambitieux [que ce qui avait notamment été proposé dans le projet développé par l'O.R.C.C.], mais réaliste, est de lutter contre les contrats les plus injustes, c'est-à-dire les déséquilibres contractuels flagrants »¹⁷⁸⁷. Pour ce faire, le législateur va mettre en place des « techniques égalitaires »¹⁷⁸⁸ pour protéger la partie faible. D'une égalité purement mathématique, construite autour de l'équivalence des patrimoines, elle devient, au contact du contrat d'adhésion, une égalité dite « sociale », édifiée autour de la relation contractuelle dont elle cherche à garantir l'équilibre¹⁷⁸⁹. Pour autant, l'égalité purement arithmétique demeure, comme en témoigne les lignes de cet auteur québécois : « Maintenu dans sa formulation juridique de principe, l'égalité est désormais perçue (au Québec et ailleurs) comme une exigence morale qui se traduit par un besoin de justice contractuelle et pratiquement le souci d'un meilleur équilibre des prestations »¹⁷⁹⁰.

301. L'égalité des armes face au déséquilibre. A défaut de ne pouvoir placer les plateaux de la balance sur un même plan horizontal, le législateur cherche à gommer le fossé creusé entre eux par un abus de pouvoir. En effet, l'égalité « sociale » tient compte du rapport vertical qui se noue entre les parties à un contrat d'adhésion. En ce sens, elle ne cherche pas à rétablir une stricte égalité, qui serait trompeuse, voire même impossible, mais

¹⁷⁸⁵ **BREGI (J.-F.)**. « L'égalité dans le droit des obligations, l'exemple de Rome », *art. préc.*, p. 22 ; **CHANTEPIE (G.)**. « L'égalité en droit de la distribution », *in L'Égalité en droit des obligations, op. cit.*, p. 157.

¹⁷⁸⁶ **MAZIERE (P.)**. *Le principe d'égalité en droit privé, op. cit.*, p. 92, n° 87 ; **CHANTEPIE (G.)**. *Ibid.*, p. 142.

¹⁷⁸⁷ **MOREAU (M.)**. « L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », *art. préc.*, p. 47.

¹⁷⁸⁸ **MAZIERE (P.)**. *Ibid.*, p. 268, n° 481.

¹⁷⁸⁹ **BRUSORIO AILLAUD (M.)**. « L'égalité dans les droits sociaux », *in L'Égalité en droit des obligations, op. cit.*, p. 95 et s. ; **CHANTEPIE (G.)**. « L'égalité en droit de la distribution », *art. préc.*, p. 138 ; **CORNU (G.)**. « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *art. préc.*, p. 122 ; **GUERLIN (G.)**. « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », *art. préc.*, p. 79 et p. 87, n° 29 ; **LOQUIN (E.)**. « Rapport de synthèse », *art. préc.*, p. 236 et s. ; **PELLET (S.)**. « L'égalité dans le projet de la Chancellerie », *in L'Égalité en droit des obligations, op. cit.*, p. 183, v. spéc. p. 193 et s.

¹⁷⁹⁰ **MOREAU (M.)**. « L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », *art. préc.*, p. 41.

à ramener la relation contractuelle à une inégalité acceptable en donnant des armes à la partie faible pour se défendre ou être défendue. C'est ce que M. Mazière appelle « l'égalité des armes » qu'il oppose à la traditionnelle « égalité des chances »¹⁷⁹¹. Alors que cette dernière s'apprécie dans un rapport horizontal dépourvu de lien juridique et permet à une personne d'atteindre un objectif sans qu'aucune autre ne lui soit préférée suivant des critères déloyaux et injustes, l'égalité des armes s'applique dans un rapport juridique vertical construit sur un lien juridique « qui oppose deux personnes dont les pouvoirs respectifs placent l'un sous la domination de l'autre »¹⁷⁹². « L'égalité des armes, écrit M. Mazière, se mesure dans une relation de subordination hiérarchique ou de dépendance économique, intellectuelle, juridique. Elle s'exprime à travers l'inversion artificielle du rapport inégalitaire, poursuit l'auteur, *via* l'octroi de prérogatives à la partie faible ou l'application de contraintes à la partie forte »¹⁷⁹³. La première est donc une technique de promotion tandis que la seconde est une technique de protection¹⁷⁹⁴. Cette dernière est notamment assurée par la loi, autrement dit par l'intervention de l'Etat au sein du droit des obligations, mais aussi par la jurisprudence¹⁷⁹⁵. Ce constat est notamment valable pour le contrat d'adhésion dont le déséquilibre inhérent entre les parties, pouvant donner lieu à un déséquilibre significatif, a été contrebalancé par différentes techniques de protection légales ou jurisprudentielles. Parmi les armes acquises, on dénombre les diverses obligations dégagées par les magistrats telles les obligations d'information, de loyauté, ou encore de sécurité¹⁷⁹⁶, qui découlent, plus largement, d'un autre outil de protection, le principe de bonne foi¹⁷⁹⁷. L'on peut également mentionner l'arsenal déployé pour lutter contre les clauses abusives¹⁷⁹⁸. On peut aussi ajouter, pour le Québec, l'incontournable lésion¹⁷⁹⁹.

302. Le risque de l'égalitarisme ? Cet essor de l'égalité des armes, due à la multiplication des contrats d'adhésion, n'a pas manqué de soulever les inquiétudes de

¹⁷⁹¹ MAZIERE (P.). *Le principe d'égalité en droit privé, op. cit.*, p. 42, n° 43.

¹⁷⁹² MAZIERE (P.). *Le principe d'égalité en droit privé, op. cit.*, p. 42, n° 43.

¹⁷⁹³ *Ibid.*

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 241 et s. ; CORNU (G.). « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *art. préc.*, p. 122.

¹⁷⁹⁶ MAZIERE (P.). *Ibid.*, p. 280 et s.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 278, n° 518.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 118, n° 139.

¹⁷⁹⁹ BURMAN (D.). « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », in *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne, op. cit.*, p. 58 et s. ; DUVAL (A.). « Rapport sur le principe d'égalité en droit civil canadien », TAHC, t. 14, *op. cit.*, p. 223 ; MOREAU (M.). « L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », *art. préc.*, p. 48.

certain auteurs, français comme québécois, face à un effet secondaire : la « discrimination égalisatrice »¹⁸⁰⁰. A la différence de la discrimination indirecte et subie, la « discrimination égalisatrice » est recherchée et imposée « dans le but de réaliser l'égalité devant la loi contractuelle »¹⁸⁰¹. Cette discrimination est réalisée par une « opération globale de distinction entre deux catégories de contractants »¹⁸⁰². M. Berthiau cite deux techniques phares de distinction : l'obligation d'information¹⁸⁰³ et l'établissement du droit de la consommation. Tout d'abord, cette approche segmentée, qui a pu être qualifiée de « stratégie du mille-feuilles »¹⁸⁰⁴, porterait atteinte à la cohérence et à l'homogénéité de la théorie générale du contrat si bien que M. Mayaux défendait l'élaboration d'un régime spécial de protection de la partie faible qui puisse s'appliquer généralement à toute situation de déséquilibre significatif peu important le contrat conclu¹⁸⁰⁵. Ensuite, les auteurs se préoccupent particulièrement de cette « obsession de l'égalité »¹⁸⁰⁶ contemporaine. A force de vouloir réduire les inégalités, même les plus criantes, l'on en viendrait à en créer d'autres qui ne feraient qu'accentuer la division de la société en classes¹⁸⁰⁷. Un auteur conseille alors d'embrasser les différences existant entre les parties à un lien de droit sans forcément chercher à les gommer¹⁸⁰⁸. Un autre suggère de ne pas privilégier l'égalité à la liberté mais, au contraire, de trouver un juste milieu entre ces deux valeurs complémentaires. « Mais ce couple doit demeurer, affirme M. Moreau : la liberté est l'objectif, l'égalité sa condition. Une égalité parfaite peut se traduire en une liberté plus étendue »¹⁸⁰⁹. Un dernier auteur se montre beaucoup plus sceptique et souhaiterait que la recherche de l'égalité réelle soit faite grâce à des armes déjà fournies par la théorie classique du contrat qui puissent limiter l'intervention du juge au sein de la relation contractuelle¹⁸¹⁰.

303. L'optimum de l'équité. La question de l'appréciation de l'égalité en particulier, et de la justice contractuelle en générale, est intimement liée à l'office du juge. Ceci dit, et

¹⁸⁰⁰ BERTHIAU (D.). *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, op. cit.*, p. 126 et s.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 126-127, n° 223.

¹⁸⁰² BERTHIAU (D.). *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, op. cit.*, p. 126-127, n° 223.

¹⁸⁰³ *Ibid.*, p. 127 et s.

¹⁸⁰⁴ MAYAUX (L.). « L'égalité en droit civil », *JCP G*, 1992, n° 39, I, doct. 3611, p. 390, n° 31.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ BURMAN (D.). « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », *art. préc.*, p. 62.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 60 et s. ; CORNU (G.). « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *art. préc.*, p. 91 ; JEULAND (E.). « L'égalité dans les liens de droit », *APD*, 2008, t. 51, p. 34-35 ; MAYAUX (L.). « L'égalité en droit civil », *art. préc.*, p. 391, n°s 36-37.

¹⁸⁰⁸ JEULAND (E.). *Ibid.*, p. 36.

¹⁸⁰⁹ MOREAU (M.). « L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », *art. préc.*, p. 46.

¹⁸¹⁰ BURMAN (D.). « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », *art. préc.*, p. 63.

malgré son caractère insaisissable, voire « inconfortable »¹⁸¹¹, M. Mazière estime qu'il faut plutôt parler non pas d'égalité mais d'équité¹⁸¹². L'équité, qui permet de corriger une règle de droit jugée trop sévère en l'adaptant aux faits d'une situation particulière, se présente comme une notion particulièrement intéressante dans le cadre du contrat d'adhésion. Ce n'est pas tant la recherche d'égalité qui justifierait l'introduction du régime de lutte contre les clauses abusives, selon M. Mazière, mais la recherche d'équité¹⁸¹³. C'est cette notion qui, au Québec, enrichit substantiellement le principe de justice contractuelle¹⁸¹⁴ et qui inspire les règles particulières du droit de la consommation¹⁸¹⁵ ainsi que celles composant le régime du contrat d'adhésion¹⁸¹⁶. Outre sa vocation principalement correctrice¹⁸¹⁷, l'équité, appliquée à un contrat d'adhésion, se veut surtout complétive lorsqu'elle permet de pallier une carence du contrat dont les termes déséquilibrent la balance des droits et intérêts des parties¹⁸¹⁸.

Pour être pleinement déployée, l'équité, qu'elle soit correctrice ou supplétive, nécessite l'intervention du juge, principal intéressé dans l'application du principe d'équité¹⁸¹⁹. C'est grâce à lui que le magistrat pourra pénétrer la sphère contractuelle afin de corriger un déséquilibre et de tendre vers la justice contractuelle nouvellement définie. De fait, l'équité participe à la réalisation de l'objectif d'équilibre du contrat et de protection de la partie faible. Pour ce faire, le juge se voit confier un large pouvoir d'intervention dans la relation contractuelle et un grand pouvoir créateur. Partant, les effets bénéfiques de l'équité ne peuvent s'épanouir que si les magistrats se saisissent pleinement des pouvoirs qui leur sont octroyés. Autrement dit, l'efficacité du régime conçu pour le contrat d'adhésion ne sera optimale que si les magistrats optent pour le choix d'une plus grande justice contractuelle. Or, la position des juges, surtout québécois, est souvent critiquée pour

¹⁸¹¹ **MASSOL (G.)**. « Le juge et l'équité en matière de protection du consommateur », in *L'équité au service du consommateur*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸¹² **MAZIERE (P.)**. *Le principe d'égalité en droit privé*, *op. cit.*, p. 71, n° 40.

¹⁸¹³ *Ibid.* **ALBIGES (C.)**. *De l'équité en droit privé*, préf. CABRILLAC (R.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, p. 223, n° 332.

¹⁸¹⁴ **CUMYN (M.)**. « L'équité : définitions et concepts », *art. préc.*, p. 8 et s.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 14 et s. ; **GREGOIRE (M.A.)**. « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », *art. préc.*, p. 31 et s. ; **MASSOL (G.)**. « Le juge et l'équité en matière de protection du consommateur », *art. préc.*, p. 45.

Le constat est le même pour la France. En ce sens, v. : **ALBIGES (C.)**. « La place de l'équité en droit de la consommation. Approche française », in *L'équité au service du consommateur*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁸¹⁶ **GREGOIRE (M.A.)**. *Ibid.*, p. 36.

¹⁸¹⁷ **ALBIGES (C.)**. *De l'équité en droit privé*, *op. cit.*, p. 157 et s.

¹⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 308, n° 468.

¹⁸¹⁹ **BELLET (P.)**. « Le juge et l'équité », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 9.

son grand libéralisme et son inclination pour la stabilité contractuelle au détriment de la justice¹⁸²⁰. Il est indéniable que les juges québécois sont encore fortement attachés au principe traditionnel de l'autonomie de la volonté. Ainsi, ils savent faire preuve de modération dans l'utilisation de leur pouvoir d'équité. Toutefois, il faut souligner que le rôle des juges, tant français que québécois, n'est pas aisé. Dans des réformes qui se veulent en demi-teintes, les juges doivent « jouer les équilibristes »¹⁸²¹ en soupesant des principes antinomiques qui orientent le droit des contrats vers des dynamiques concurrentielles¹⁸²². Cela étant dit, il ne faut pas oublier que ce sont les juges québécois qui ont posé les premières bases de la « nouvelle moralité contractuelle »¹⁸²³ tout comme la Cour de cassation a su faire fructifier le principe de bonne foi¹⁸²⁴. La valorisation du pouvoir des juges dépend aussi beaucoup de la confiance qu'on leur accorde et de la perception que l'on a de leur rôle au sein de la société¹⁸²⁵, notamment au lendemain des réformes du droit des contrats. Or, l'on n'est pas sans savoir, notamment en France, la crainte sourde face au pouvoir des juges et à la constitution d'un potentiel « gouvernement des juges »¹⁸²⁶. Bien que la tendance soit à une meilleure compréhension de la fonction des magistrats, et ce depuis maintenant quelques années, il y a toujours une sorte d'appréhension quant à l'abus, de la part de ces professionnels du droit, de leur ministère d'équité. Cette appréhension se veut plus forte lorsque ce ministère est exercé au sein de la relation contractuelle encore difficilement perçue comme un possible « ménage à trois ». Cependant, l'introduction de la notion de contrat d'adhésion et de son régime appellent à une plus grande intervention du juge au sein du contrat. Malgré leur retenue, les juges québécois ont-ils tout de même répondu à cet appel ? Les juges français vont-ils être

¹⁸²⁰ **GREGOIRE (M.A.)**. « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », *art. préc.*, p. 39 et s. ; **JOBIN (P.-G.)**. « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », in *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1997, p. 417 ; **MASSOL (G.)**. « Le juge et l'équité en matière de protection du consommateur », *art. préc.*, p. 57 ; **MOORE (B.)**. « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », in *Pour une réforme du droit de la consommation*, MANIET (F.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2005, p. 114 et p. 130.

¹⁸²¹ **BELLEY (J.-G.)**. « Rapport de synthèse : comment l'équité advient-elle dans la société de consommation ? », in *L'équité au service du consommateur*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁸²² **COIPEL (M.)**. « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », *art. préc.*, p. 495 et s. ; **JOBIN (P.-G.)**. « L'équité en droit des contrats », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, *op. cit.*, p. 507.

¹⁸²³ **JOBIN (P.-G.)**. *Ibid.*, p. 490.

¹⁸²⁴ V. *supra* n° 83 ; **BILLIAU (M.)**. « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle » in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸²⁵ **BELLET (P.)**. « Le juge et l'équité », *art. préc.*, p. 9 ; **COIPEL (M.)**. *Ibid.*, p. 496 ; **JOBIN (P.-G.)**. *Ibid.*, p. 505 ; **TERRE (F.)**. « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *art. préc.*, p. 25 et s.

¹⁸²⁶ Sur cette question, v. spéc. **BECHILLON (D. de)**. « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, mars 2002, n° 2, p. 973.

sensibles à la réalisation de la justice contractuelle ? C'est ce que nous allons étudier, entre autres, dans la deuxième partie de cet essai.

* * *

Conclusion de la section 2 :

304. Si, à lui seul, le contrat d'adhésion se montre insuffisant à calquer la justice contractuelle sur les exigences de la « nouvelle moralité contractuelle » québécoise, il induit, cependant, un changement indubitable dans l'expression de la justice contractuelle. Le sens donné à cette dernière ne s'est pas tant déplacé qu'il s'est émancipé pour embrasser d'autres facettes de sa réalité. Autrefois limitée à la seule justice commutative destinée à assurer l'équivalence des prestations échangées au contrat, la justice contractuelle répond aujourd'hui à d'autres finalités. Elle a désormais pour objectif de garantir l'équilibre normatif du contrat, notamment d'adhésion. L'enrichissement de la justice contractuelle s'apprécie également à la lumière de l'égalité contractuelle devenue une égalité sociale construite sur l'égalité des armes forgées pour protéger les parties vulnérables. Plus spécifiquement, cette égalité sociale se réalise pleinement à travers le principe d'équité qui trouve une application étendue dans le cadre du contrat d'adhésion. Encore faut-il que les magistrats, relais indispensables à ladite application, puissent embrasser leur ministère d'équité.

* *

*

Conclusion du Chapitre 2 :

305. La notion de contrat d'adhésion entraîne deux effets qui viennent modeler et alimenter le nouveau droit contractuel français et québécois. Tout d'abord, à titre de définition légale insérée dans des corpus fondamentaux et prestigieux que sont le Code civil et le Code civil du Québec, la notion de contrat d'adhésion développe une fonction pédagogique à un double niveau. En premier lieu, elle enrichit le discours légal d'un fonds doctrinal riche. En effet, avant d'acquérir le statut suprême de définition légale, le contrat d'adhésion a fait l'objet de divers travaux doctrinaux qui ont proposé, pour certains, différentes définitions. Or, ces différents discours doctrinaux, que nous avons relatés dans le titre précédent, forment une sédimentation intellectuelle qui constitue une source d'inspiration pour le législateur. En second lieu, la fonction pédagogique de la notion de contrat d'adhésion a pour vocation de matérialiser la réalité contractuelle dans laquelle les contractants évoluent. C'est ainsi que cette fonction permet d'organiser l'ordre juridique du droit des contrats en insérant la définition légale dans un système opérationnel de classification des contrats. Cette classification permet de trouver la qualification juste à un acte juridique qui recevra, ensuite, l'application du régime juridique adéquat.

Ensuite, la notion de contrat d'adhésion permet l'élargissement des contours de la justice contractuelle. Symbole pauvre de la « nouvelle moralité contractuelle » québécoise, le contrat d'adhésion ne permet pas, à lui seul, une totale remise en cause de la théorie générale du contrat à travers un principe de justice contractuelle devenu particulièrement exigeant. Bien qu'il soit à l'origine d'une nouvelle philosophie, le contrat d'adhésion se révèle être, pour l'instant, une notion insuffisante à l'ancrage de la « nouvelle moralité contractuelle ». Cependant, il demeure un formidable catalyseur du changement de paradigme qui affecte ladite théorie générale. En effet, la justice contractuelle, au contact de la notion de contrat d'adhésion, a vu son sens s'émanciper. D'un simple objectif d'équivalence quantitative, la justice contractuelle a aujourd'hui pour mission de garantir l'équilibre qualitatif du contrat d'adhésion. Partant, elle a pour dessein de corriger l'inégalité pouvant grever la relation contractuelle et conduire à un déséquilibre.

*

*

*

* * *

Conclusion du Titre 2 :

306. Le cheminement du contrat d'adhésion vers une catégorie juridique essentielle n'a pas été un long fleuve tranquille. Bien qu'il se soit finalement retrouvé au centre des discours réformateurs du droit des contrats français et québécois comme instrument de promotion de la justice contractuelle, les premiers débats n'étaient pas encourageants. De fait, ils n'introduisirent pas expressément le contrat d'adhésion parmi les dispositions imaginées du futur du droit des contrats, ou alors de façon maladroite. Ce n'est qu'au fur et à mesure des discussions, des tentatives de définition et des moutures successives des divers projets que le contrat d'adhésion trouva sa place, parfois *in extremis*, au côté d'une justice contractuelle relativement affirmée.

Son insertion dans le nouveau droit des contrats français et québécois permit à la notion de contrat d'adhésion d'enrichir le nouveau discours contractuel en déployant sa fonction pédagogique. Cette dernière s'exprime à travers la définition légale du contrat d'adhésion qui renferme les nombreux travaux destinés, au fur et à mesure des avancées dans le temps, à mieux cerner la notion de contrat d'adhésion. Cette fonction pédagogique permet également de classer les contrats selon leur genre et leur espèce. Cette classification des contrats facilite ensuite l'opération de qualification qui nommera un acte juridique et lui associera le régime juridique adéquat. Surtout, la notion de contrat d'adhésion permet l'émancipation du principe de justice contractuelle. En effet, cette dernière voit ses contours être élargis, voire même affinés. La justice contractuelle ne peut désormais plus être définie comme un principe ayant simplement pour objectif de garantir l'équivalence des prestations. Au contact de la notion de contrat d'adhésion, la justice contractuelle a également pour finalité de protéger la partie faible au contrat en maintenant, coûte que coûte, l'équilibre normatif du contrat d'adhésion.

* * *

*

* * *

Conclusion de la Partie 1 :

307. Qu'il eût été réduit à une simple notion doctrinale subsidiaire ou qu'il soit aujourd'hui consacré comme une catégorie juridique essentielle du nouveau droit des contrats français ou québécois, le contrat d'adhésion apparaît comme le pivot essentiel au développement, à l'affirmation et à l'émancipation de la justice contractuelle. Créé par un juriste sensible à la défense des intérêts des plus faibles, repris, expressément ou non, au cœur des doctrines et politiques construites sur la justice sociale, employé par la jurisprudence comme indice déterminant de l'application des règles visant à lutter contre le déséquilibre contractuel, le contrat d'adhésion a toujours été, depuis sa naissance, le catalyseur d'un développement toujours plus soutenu de la justice contractuelle. Passé relativement sous silence en France, le lien consubstantiel entre contrat d'adhésion et justice contractuelle a, *a contrario*, été rapidement reconnu au Québec puis conforté par la doctrine civiliste.

Cela n'a pas empêché le contrat d'adhésion d'être écarté du premier projet de réforme du droit des contrats québécois, alors que les mesures de justice contractuelle se multipliaient. Son intégration définitive s'est faite *in extremis*, à la veille de l'adoption du Code civil du Québec. Le constat est transposable à la France où le contrat d'adhésion fit l'objet de va-et-vient constants entre les différents projets de réforme jusqu'à être finalement intégré dans l'ordonnance de 2016 pour être, enfin, associé à la disposition visant à sanctionner les clauses abusives. Partant, de la périphérie, le contrat d'adhésion se retrouva au centre du discours réformateur du droit des contrats puis au cœur du nouveau discours contractuel. En y déployant sa fonction pédagogique et en permettant l'expansion de la justice contractuelle, la notion de contrat d'adhésion enrichit le nouveau droit des contrats d'un principe de justice contractuelle émancipé. Cette consécration dans le nouveau discours contractuel ne peut que conforter le lien consubstantiel qui unit le contrat d'adhésion à la justice contractuelle.

* * *

*

Partie 2 : Le lien indissoluble entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle

308. Le lien entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle est incontestablement consubstantiel. Comme nous venons de le voir, l'analyse des discours doctrinal, législatif et jurisprudentiel révèle une histoire étroitement imbriquée entre la notion et le principe, et ce depuis l'origine du contrat d'adhésion. Depuis les réformes française et québécoise du droit des contrats, ce lien peut désormais être qualifié d'indissoluble. Il est aujourd'hui impensable de remettre en cause la corrélation qui existe entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle. A travers le régime du contrat d'adhésion et jusqu'à son articulation avec les différentes règles des droits spéciaux, en passant bien entendu par la définition de la notion, la justice contractuelle n'aspire qu'à se renforcer. La deuxième partie de cette étude nous invite donc à descendre sur un plan plus technique afin de constater et de caractériser l'indissolubilité du lien qui unit le contrat d'adhésion à la justice contractuelle. Nous ne perdrons également pas de vue les exigences du droit comparé, à savoir : toujours apprécier le contexte dans lequel s'est développé le droit étranger, et l'histoire dans laquelle il s'inscrit, sans jamais imposer – mais uniquement proposer – des transplantations au droit de référence.

La force du lien entre contrat d'adhésion et justice contractuelle passe, tout d'abord, par la consolidation de la justice contractuelle grâce à l'insertion du régime du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois (**Titre 1**). Ensuite, la solidification du lien entre contrat d'adhésion et justice contractuelle est permise par l'extension du principe de justice contractuelle grâce à l'articulation du régime de droit commun du contrat d'adhésion avec certaines règles relatives à des contrats spéciaux (**Titre 2**).

Titre 1 : La consolidation de la justice contractuelle par l'insertion du régime du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois

309. Comme nous l'avons précédemment étudié, la notion de contrat d'adhésion porte en son sein un lien profond avec la justice contractuelle. Désormais reprise dans une définition légale insérée dans les Codes civils français et québécois, la notion de contrat d'adhésion, en mobilisant un régime protecteur de la partie vulnérable, appelle à une application toujours plus effective et étendue du principe de justice contractuelle. En permettant un épanouissement de ce dernier, la notion de contrat d'adhésion modifie substantiellement le nouveau droit des contrats français et, avant lui, le droit des contrats québécois. Mais que serait une notion sans son régime ? Quelle portée aurait-elle si elle ne connaissait aucune application pratique ? La symbolique resterait certainement importante mais son aura serait quelque peu ternie. Les définitions française et québécoise du contrat d'adhésion sont donc accompagnées d'un régime qui vient consolider la justice contractuelle en lui permettant de déployer ses effets dans la pratique. Le symbole cesse d'être uniquement une icône pour devenir une règle pratique aux conséquences tangibles. En effet, le contrat d'adhésion, parce qu'il est un contrat structurellement déséquilibré (**Chapitre 1**) peut conduire à des disproportions qui exigent d'être corrigées. Cette correction ne peut être efficace que si elle est apportée par un régime composé d'outils suffisamment pertinents pour contrer ce déséquilibre (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion, un contrat structurellement déséquilibré

310. Intuitivement, il est juste et recevable de penser que le contrat d'adhésion doit recevoir automatiquement la qualification de contrat déséquilibré, voire même qu'il en serait l'incarnation parfaite. En effet, son histoire trahit l'outil d'exploitation qu'il a été. Quant à son parcours, il traduit la volonté toujours plus forte de gommer le déséquilibre existant entre les parties. Toutefois, il nous faut faire preuve de circonspection et de nuance. Le contrat d'adhésion est assurément un contrat déséquilibré dans sa structure, déséquilibre qui reflète l'inégalité des pouvoirs qui grève la relation contractuelle. Cependant, le contrat d'adhésion n'est pas forcément déséquilibré dans son contenu. Cette nuance est extrêmement importante en ce qu'elle permet de replacer les termes du débat à leur juste place. Premièrement, elle nous fait comprendre que, théoriquement, le contenu du contrat d'adhésion peut être exempt de tout abus exercé par la partie en position de force. Le contrat d'adhésion est très certainement un contrat inégalitaire, il n'est pas forcément un contrat entièrement déséquilibré. Deuxièmement, elle nous permet d'apprécier le contrat d'adhésion à sa juste valeur, c'est-à-dire comme le mode de formation du contrat pratique et indispensable qu'il est.

Le déséquilibre de structure du contrat d'adhésion s'apprécie, tout d'abord, à travers ses caractéristiques distinctives (**Section 1**). La réunion de ces spécificités permet, ensuite, de mieux comprendre pourquoi le contrat d'adhésion est un outil indispensable de la standardisation contractuelle mais qui peut aussi offrir un cadre propice à l'exercice d'un possible abus de pouvoir (**Section 2**).

Section 1 : Les caractéristiques d'un contrat structurellement déséquilibré

311. L'inégalité des pouvoirs s'illustre à travers les différentes composantes de la définition du contrat d'adhésion, qu'elle soit française ou québécoise, législative, jurisprudentielle ou doctrinale. Cependant, ces composantes ne sont pas des plus faciles à appréhender, notamment pour les juristes français qui en sont aux premiers balbutiements de l'application de l'article 1110, alinéa 2 du Code civil. Toutefois, il est possible de se faire une idée plus précise du sens à donner à cette définition en décortiquant ses principaux éléments, qu'ils soient mentionnés ou non à l'article 1110, alinéa 2. Il est également envisageable d'anticiper l'application concrète de cette disposition et ses conséquences

pratiques en se tournant vers le droit québécois. Fort de son expérience d'une trentaine d'années, le droit québécois témoigne d'une maîtrise assurée de l'article 1379 du Code civil du Québec, bien que l'écoulement du temps et l'évolution de la pensée renouvellent à la marge la lecture et l'interprétation de la disposition du Code. Pour mieux s'inspirer des solutions du droit québécois et en tirer des guides de compréhension de notre propre définition du contrat d'adhésion, la méthode comparative nous amène, cette fois-ci, à réaliser un travail comparatif normatif du droit québécois en analysant l'application jurisprudentielle et l'interprétation doctrinale des critères de l'article 1379. Il s'agira, dans un premier temps, d'étudier consciencieusement les critères de définition du contrat d'adhésion en droit français (§1) pour ensuite, dans un second temps, examiner les solutions proposées et retenues par le droit québécois des contrats (§2).

§ 1 : Les critères de définition du contrat d'adhésion en droit français

312. Les définitions tant législatives que doctrinales retiennent deux critères principaux sur lesquels nous allons tout d'abord nous attarder (**A.**), pour ensuite étudier un critère très souvent relevé par la doctrine et la jurisprudence, et devenu sous-jacent à la définition du contrat d'adhésion, celui du déséquilibre des forces (**B.**).

A. Les critères essentiels

313. Ces critères sont au nombre de deux : la détermination unilatérale du contenu du contrat (**1.**) et l'impossible négociation (**2.**).

1. La détermination unilatérale du contenu du contrat

314. Rédaction unilatérale ou imposition des termes du contrat ? Selon le professeur Revet, la détermination unilatérale est le « critère historique »¹⁸²⁷ de définition du contrat d'adhésion. Aux yeux du professeur Forray, « la rédaction préalable et unilatérale constitue le seul élément de définition invariable des “contrats d'adhésion” »¹⁸²⁸. « Elle constitue la manifestation juridique tant du pouvoir de fait du rédacteur de l'acte, poursuit l'auteur, que du caractère standard de l'opération envisagée et de l'absence de discussion

¹⁸²⁷ **REVET (T.)**. « Les critères du contrat d'adhésion : article 1110 nouveau du code civil », *D.*, sept. 2016, n° 30, p. 1777, n° 17. V. égal. **MALAUURIE (P.)**, **AYNES (L.)**, **STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Droit des obligations*, Coll. droit civil, MALAUURIE (P.), AYNES (L.) (dir.), 8^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, p. 225, n° 427.

¹⁸²⁸ **FORRAY (V.)**. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 279, n° 395.

quant au contenu du contrat »¹⁸²⁹. En effet, c'est bien l'existence de cet unilatéralisme qui a permis à Saleilles de dégager la notion de contrat d'adhésion et d'aller jusqu'à remettre en cause sa nature contractuelle. L'on s'en souvient, selon lui, la teneur du contrat d'adhésion ressemblerait bien plus à une loi – privée – qu'à un contrat¹⁸³⁰. La détermination unilatérale des stipulations est donc devenue l'un des deux piliers de la définition du contrat d'adhésion. Partant, elle est systématiquement énoncée quand vient le temps de définir le contrat d'adhésion. Cependant, elle se traduit de différentes façons dans les multiples définitions qui existent. La plupart du temps, la détermination unilatérale se traduit par l'imposition des termes du contrat par l'une des parties à l'autre. Parfois, certains auteurs vont explicitement faire référence à la pré-rédaction unilatérale des termes du contrat¹⁸³¹. D'autres, moins nombreux, vont parler de standardisation des termes du contrat¹⁸³². Ce qui est communément admis, c'est que le stipulant n'est pas forcément celui qui aura écrit de sa main les termes du contrat. C'est pourquoi le législateur français a fait le choix d'adopter une rédaction large de l'article 1110, alinéa 2 du Code civil, et peut-être moins ambiguë que la définition québécoise sur laquelle nous reviendrons plus bas. En effet, l'article 1110, alinéa 2 dispose que : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Selon le professeur Mekki, « la détermination n'est pas la rédaction »¹⁸³³. Cette dernière suppose que les termes du contrat d'adhésion aient été directement établis par le stipulant. Autrement dit, c'est lui qui aurait pris la plume pour écrire les clauses du contrat. Or, il est extrêmement courant que les clauses du contrat en question soient tirées d'une formule-type. Elles auront été choisies par le stipulant pour figurer dans le contrat d'adhésion. C'est bien à ce cas de figure que renvoie le verbe « déterminer » qui, dans un premier sens, signifie « fixer par un choix »¹⁸³⁴. Le législateur français renverrait donc à l'hypothèse où la partie forte décide d'utiliser un

¹⁸²⁹ **FORRAY (V.)**. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 279, n° 395.

¹⁸³⁰ *V. supra* n° 59.

¹⁸³¹ Ouvrages anciens : **JOSSERAND (L.)**. *Cours de droit civil positif français*, *op. cit.*, p. 23, n° 32 ; **MARTY (G.)**, **RAYNAUD (P.)**. *Droit civil*, vol. 1, t. 2 : les obligations, Paris : Sirey, 1962, p. 49, n° 61.

Ouvrages récents : **FABRE-MAGNAN (M.)**. *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., Coll. Thémis, Paris : PUF, 2021, p. 287, n° 356 ; **FAGES (B.)**. *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris : LGDJ, 2021, p. 47, n° 28 ; **GHESTIN (J.)**, **LOISEAU (G.)**, **SERINET (Y.-M.)**. *La formation du contrat : le contrat – le consentement*, t. 1, in *Traité de droit civil*, GHESTIN (J.) (dir.), 4^e éd., Paris : LGDJ, 2013, p. 498, n° 689 ; **TERRE (F.)**, **SIMLER (P.)**, **LEQUETTE (Y.)**. *Droit civil : les obligations*, Coll. Précis, 12^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 130, n° 109.

¹⁸³² **MALAURIE (P.)**, **AYNES (L.)**, **STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 225, n° 237.

¹⁸³³ **MEKKI (M.)**. « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 116, n° 17.

¹⁸³⁴ *Le Petit Robert de la langue française 2018*, p. 717.

modèle de contrat. En ce sens, il fixe le contenu du contrat d'adhésion en choisissant une formule parmi d'autres. L'usage du verbe « déterminer » est donc tout à fait adéquat d'autant plus que, dans un second sens, « déterminer » signifie également « indiquer, délimiter avec précision, au terme d'une réflexion, d'une recherche »¹⁸³⁵. Le verbe devient alors synonyme de définir, établir, préciser ou encore spécifier. Autant de termes qui peuvent renvoyer à l'idée de rédaction. Ainsi, l'utilisation du verbe « déterminer » est loin d'être anodine. Le législateur français a certainement souhaité englober à la fois l'hypothèse d'une rédaction unilatérale par l'une des parties mais aussi la possibilité pour cette dernière de choisir parmi différentes formules mises à sa disposition¹⁸³⁶. Qui plus est, l'emploi de ce verbe permet une articulation efficace avec l'article 1190 du Code civil français qui consacre l'interprétation *contra proferentem* sur laquelle nous reviendrons plus en détails dans le chapitre deux de ce premier titre¹⁸³⁷. Nous pouvons d'ores et déjà signaler que cet article 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 verbe « proposer » est tout aussi large que le verbe « déterminer ». La partie forte au contrat aura tout aussi bien proposé des stipulations qu'elle aura elle-même rédigées ou qu'elle aura choisies. Dans les deux cas, elle les aura imposées.

315. Un critère neutre ? Selon Madame Chaudouet, le choix réalisé par le législateur de retenir le terme « déterminer » serait gage de neutralité car ne renverrait pas à l'idée de soumission. A ses yeux, « déterminer unilatéralement des clauses, quand bien même elles ne seraient pas négociables, ne revient pas à y soumettre son cocontractant, ni d'ailleurs à les lui imposer »¹⁸³⁸. Certes, et comme nous venons nous-même de l'indiquer, le verbe « déterminer » fait vraisemblablement référence à la rédaction des termes du contrat d'adhésion, que ces derniers aient été écrits de la main du stipulant ou simplement choisis par lui. L'idée de soumission n'est donc pas strictement apparente. Cependant, n'est-elle pas sous-entendue ? Selon Madame Chaudouet, il y a soumission dès lors qu'il y a dépendance. Or, l'auteure souligne que : « de manière générale, il est assez logique que la

¹⁸³⁵ *Le Petit Robert de la langue française 2018*, p. 717.

¹⁸³⁶ **REVET (T.)**. « Les critères du contrat d'adhésion : article 1110 nouveau du Code civil », *art. préc.*, p. 1778, n° 19 ; **WICKER (G.)**. « L'auteur du contrat d'adhésion », *in Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises, op. cit.*, p. 61, n° 23.

¹⁸³⁷ *V. infra* n°s 430 et s.

¹⁸³⁸ **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif, op. cit.*, p. 513, n° 669.

condition de la soumission n'ait pas été reprise dans le Code civil, dans la mesure où le facteur explicatif majeur de celle-ci dans les relations de consommation ou de distribution ne se retrouve pas en principe dans les relations contractuelles de droit commun »¹⁸³⁹. Elle précise encore que : « rien ne permet de postuler qu'une dépendance de ce type [telle qu'on la retrouve dans les relations de consommation ou d'affaires] existe entre les parties appelées à conclure un contrat relevant du droit commun »¹⁸⁴⁰. Une telle remarque appelle quelques observations. Tout d'abord, nous pouvons penser que l'auteure retient peut-être une conception stricte de la dépendance qui serait avant tout d'ordre économique. Cependant, il existe plusieurs formes de dépendance telle la dépendance informationnelle, psychologique, ou encore affective, qui peuvent grever des contrats de droit commun d'un déséquilibre. Ensuite, il nous faut aller au bout de la nouvelle logique développée par le droit des contrats et à laquelle nous adhérons : la définition du contrat d'adhésion a été insérée dans le droit commun des contrats. Or, du fait même de cette insertion, ce droit commun a été scindé en deux pour encadrer d'un côté, le contrat de gré à gré, et de l'autre, le contrat d'adhésion. Pourquoi ce nouveau droit commun des contrats ne pourrait-il pas accueillir l'idée de soumission ? Au contraire, le régime spécifique du contrat d'adhésion repose entièrement sur l'idée de soumission qui est sous-entendue dans la notion même de contrat d'adhésion, ce qui nous amène à notre troisième et dernier point. Même si l'article 1110, alinéa 2 ne reprend pas expressément le critère de la soumission, qu'est-ce qui fait la particularité du contrat d'adhésion si ce n'est cette soumission à laquelle est sujet l'adhérent ; cette dépendance à laquelle il est soumis ? La détermination unilatérale des termes du contrat révèle une soumission de l'adhérent au pouvoir unilatéral du stipulant. Que ce dernier ait rédigé de sa main les clauses du contrat ou qu'il les ait choisies parmi des formules et modèles proposés, l'on peut être sûr, en bout de processus, que ces dernières seront imposées à l'adhérent. Madame Chaudouet le reconnaît : cette dernière hypothèse peut arriver¹⁸⁴¹. Il est même certain qu'elle surviendra. Partant, nous ne sommes pas tout à fait convaincue que le terme choisi par le législateur soit si neutre que cela. Il capture, au contraire, l'essence de la notion de contrat d'adhésion.

¹⁸³⁹ CHAUDOUET (S.). *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, p. 513, n° 669.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*

¹⁸⁴¹ *Ibid.*

316. Le critère déterminant ? Aux yeux de certains auteurs, le critère de la détermination unilatérale des termes du contrat semble être le critère essentiel, voire même « l'élément caractéristique »¹⁸⁴², du contrat d'adhésion. Pourtant, la détermination unilatérale n'intervient qu'en seconde position à l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil. Certes, l'écriture de l'alinéa met en valeur ce critère grâce à la ponctuation : les deux éléments de la définition, l'absence de négociation et la détermination unilatérale, sont séparés par une virgule. La détermination unilatérale est donc bien mise en avant et ne se fonde pas complètement dans l'absence de négociation. Elle constitue donc bien un critère à part entière. Cela étant dit, nous pouvons penser qu'elle n'est pas, et ne peut être, le seul critère déterminant du contrat d'adhésion. Elle va de pair avec l'autre critère, l'absence de négociation. Certes, la détermination unilatérale conduit à cette absence. Elle la conditionne et est, d'une certaine manière, un préalable. Mais la détermination unilatérale ne fait que supposer l'absence de négociation. Encore faut-il démontrer l'impossibilité réelle, pour l'adhérent, de négocier les termes du contrat d'adhésion. En effet, la pré-rédaction unilatérale, ou plus largement la détermination unilatérale des termes du contrat, ne conduit pas forcément à la qualification de contrat d'adhésion dès lors qu'il y a pu y avoir négociation. Le contrat-type en est une parfaite illustration.

Ce dernier ne doit pas être confondu avec le contrat d'adhésion. Le contrat-type n'est pas un contrat d'adhésion. Il peut le devenir s'il est utilisé comme « squelette » de ce contrat et que l'adhérent, à travers son consentement, a accepté de s'y soumettre. Mais le contrat-type ne constitue pas un contrat d'adhésion. Il est plutôt un instrument privilégié de l'élaboration dudit contrat¹⁸⁴³. Le contrat-type n'est qu'un modèle, une formule de contrat mise à disposition des rédacteurs des contrats qui peuvent s'en inspirer ou le reprendre tel quel. Le contrat-type en question n'aura donc pas forcément été rédigé par la partie au contrat mais par une tierce personne, bien souvent un organisme professionnel, ou aura été établi par décret. « Dans ce cas, l'auteur de la formule reproduite n'est pas l'une des parties. Néanmoins, c'est bien l'une des parties qui “détermine à l'avance” le contenu

¹⁸⁴² **CHENEDE (F.)**. *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidation – innovations – perspectives*, Paris : Dalloz, 2016, p. 107.

¹⁸⁴³ **RIEG (A.)**. « Contrat-type et contrat d'adhésion », in *Etudes de droit contemporain*, t. 33, 1970, p. 110, n° 10 ; **BERLIOZ (G.)**. *Le contrat d'adhésion*, op. cit., p. 33-34, n°s 52-54 : l'auteur estime que le contrat-type est une source du contrat d'adhésion et ne doit pas être confondu avec.

du contrat »¹⁸⁴⁴. Cependant, rien n'empêche la négociation du contrat-type sélectionné par le stipulant. Dans ce cas, le contrat conclu ne sera pas d'adhésion mais recevra la qualification de contrat de gré à gré.

317. Finalement, l'on comprend que ce qui fait un contrat d'adhésion, ce n'est pas seulement, et uniquement, la détermination unilatérale des stipulations. C'est aussi, et surtout, l'absence de négociation de ses termes, voire plus précisément, l'impossible négociation.

2. L'impossible négociation

318. « *De la liberté dans l'adhésion volontaire* »¹⁸⁴⁵. « Essence »¹⁸⁴⁶ du contrat d'adhésion, l'absence de débat du contenu du contrat est « fondamentale »¹⁸⁴⁷ dans la définition du contrat d'adhésion. Elle est, en quelque sorte, la marque de fabrique de la notion. Toutes les définitions proposées du contrat d'adhésion, sans exception, mentionnent ce critère. L'absence de négociation va se traduire par l'idée de soumission ou d'adhésion pure et simple du cocontractant au contenu du contrat. L'adhésion est « l'acte par lequel la partie contractante, qui sait que l'autre partie entend traiter suivant les conditions de la stipulation, indique son intention de se soumettre pour cette transaction aux termes et conditions de cette stipulation »¹⁸⁴⁸. Il est intéressant de relever cette idée d'« intention de se soumettre » aux termes unilatéralement déterminés du contrat. Il y aurait donc, dans l'acte d'adhésion, une forme de volonté qui ne disparaîtrait pas. Or, la volonté est le reflet d'une puissance, « la capacité d'une personne à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté »¹⁸⁴⁹. Elle est perçue comme force d'autonomie¹⁸⁵⁰, si bien que certains auteurs soutiennent l'idée que l'adhérent a toujours le choix de contracter ou de ne pas contracter aux termes imposés¹⁸⁵¹. Et même si ce dernier reste, dans la plupart des cas, purement

¹⁸⁴⁴ **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 139, n° 148.

¹⁸⁴⁵ **BATIFFOL (H.)**. « La "crise du contrat" et sa portée », in *Mélanges Henri Batiffol, choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976, p. 400 et s.

¹⁸⁴⁶ **PELLET (S.)**. « Contrat d'adhésion et négociation », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, op. cit., p. 69.

¹⁸⁴⁷ **BERLIOZ (G.)**. *Le contrat d'adhésion*, op. cit., p. 28, n° 42.

¹⁸⁴⁸ **BERLIOZ (G.)**. *Ibid.*, p. 31, n° 48.

¹⁸⁴⁹ **FRISON-ROCHE (M.-A.)**. « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, sept. 1995, n° 3, p. 573, n° 2.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*

¹⁸⁵¹ **BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**. *Droit civil : les obligations*, Coll. Sirey, 14^e éd., Paris : Dalloz, 2014, p. 258, n° 696 ; **LARROUMET (C.)**. *Droit civil : les obligations, le contrat*, t. III, in *Traité de droit civil*,

théorique, il a tout de même le mérite d'exister. La liberté de l'adhérent, même si elle est incontestablement limitée, existe.

En ce sens, nous nous joignons aux propos de Batiffol qui présente la liberté sous un angle différent. Selon lui, il y a « liberté dans l'adhésion volontaire »¹⁸⁵². Cela signifie que, bien que sa liberté contractuelle soit réduite et sa capacité de détermination conditionnée par certaines données matérielles, un adhérent peut regagner quelque peu sa liberté. Cette dernière se retrouve dans une adhésion consciente et éclairée aux termes du contrat. L'adhérent raisonnable réalise pleinement que son pouvoir contractuel est inexistant, ou à tout le moins limité. Il a, en outre, parfaitement conscience de la situation dans laquelle il se trouve : une situation déterminée par un contexte contractuel particulier, à savoir une inégalité de pouvoirs. En décidant malgré tout d'adhérer au contrat, l'adhérent exerce une certaine forme de liberté. Il redevient un tant soit peu maître de sa situation et se trouve alors être titulaire d'un « pouvoir négatif »¹⁸⁵³ qui découle indirectement de l'absence de pouvoir positif.

319. Une discussion matériellement impossible. L'absence de pouvoir positif s'explique par l'impossibilité totale de pouvoir négocier, et donc modifier, les termes du contrat¹⁸⁵⁴. Il ne s'agit donc pas seulement d'une absence de négociation mais bien d'une

LARROUMET (C.) (dir.), 5^e éd., Paris : Economica, 2003, p. 130, n° 147 (*Contra* : LARROUMET (C.), BROS (S.). *Les obligations : le contrat*, t. III, in *Traité de droit civil*, LARROUMET (C.) (dir.), Coll. Corpus droit privé, MOLFESSIS (N.) (dir.), 10^e éd., Paris : Economica, 2021, p. 92, n° 106 : « Cependant, parce que, souvent, le refus relève de l'hypothèse d'école, le contrat ayant souvent pour objet la satisfaction de besoins indispensables, on sait que le législateur et la jurisprudence sont intervenus, au nom de l'ordre public de protection, pour décider impérativement du contenu du contrat [...] » ; MAZEAUD (H.), (L.), (J.), CHABAS (F.). *Leçons de droit civil : les obligations - théorie générale*, t. 2, vol. 1, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 1998, p. 78, n° 87.

Pour le droit québécois, v. : BAUDOUIN (J.-L.). *Traité élémentaire de droit civil : les obligations*, Montréal : PUM, 1970, p. 31 ; PINEAU (J.). « Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la fonction et l'exécution du contrat », *art. préc.*, p. 10 ; TANCELIN (M.). *Des obligations : contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 1988, p. 34 ; *H. Cardinal construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 1987 CanLII 787 (QC C.A.), j. Monet, § 28 : L'entreprise de construction Cardinal avait répondu à un appel d'offres lancé par la ville de Dollard-des-Ormeaux pour la construction d'un bassin de rétention des eaux qui inondaient souvent la ville. Les travaux, qui ne devaient durer que quatre mois, furent achevés quatre ans plus tard en raison de divers problèmes liés à l'excavation du sol. Le litige portait principalement sur le caractère abusif de certaines clauses limitatives de responsabilité insérées en faveur de la ville et que l'entreprise de construction remettait en cause. Sa demande ne fut pas reçue aux motifs que : « l'appelante [Cardinal construction] était libre de soumissionner ou de ne pas soumissionner. En ce sens, le contrat conclu avec la Ville n'est pas à proprement dit un contrat d'adhésion ».

¹⁸⁵² BATIFFOL (H.). « La "crise du contrat" et sa portée », in *Mélanges Henri Batiffol, choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976, p. 400 et s. Cette idée rejoint celle qui avait été proposée par F. Kessler de revisiter le principe de la force obligatoire du contrat. Il en va de même pour le principe de la liberté contractuelle qui, dans un contrat d'adhésion, ne peut plus être définie comme étant la liberté de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu du contrat. La liberté contractuelle, aussi restreinte soit-elle, existe tout de même dans un contrat d'adhésion mais sous une autre forme.

¹⁸⁵³ CHANTEPIE (G.). « Le consentement de l'adhérent », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 142.

¹⁸⁵⁴ CHENEDE (F.). *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidation – innovations – perspectives*, op. cit., p. 107.

impossibilité pour l'adhérent de discuter des clauses du contrat¹⁸⁵⁵. Sur ce, l'ancienne rédaction de l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil était intéressante puisque faisait référence à l'idée de soustraction à la négociation¹⁸⁵⁶. Le professeur Revet avait relevé que : « la soustraction est "l'action de s'approprier une chose aux dépens de quelqu'un" »¹⁸⁵⁷. L'adhérent se trouvait donc « empêché »¹⁸⁵⁸ de négocier les conditions générales du contrat. Ainsi, « ce qui compte n'est pas l'existence effective des négociations, mais la possibilité qu'elles aient eu lieu ... »¹⁸⁵⁹. Le législateur français aurait pu faire référence, à l'article 1110, alinéa 2, à un « ensemble de clauses non négociées ». Cette proposition aurait englobé l'hypothèse où la négociation était tout à fait possible mais qu'elle n'a pas eu lieu en pratique pour diverses raisons. Or, le législateur fait bien référence à un « ensemble de clauses non négociables ». Cette formulation signifie que les clauses ne pouvaient absolument pas être négociées. Dès lors, « il ne s'agit pas seulement d'une absence de négociation, il s'agit aussi, et surtout, selon le professeur Revet, d'une impossibilité de négociation »¹⁸⁶⁰.

320. La preuve d'une négociation matériellement impossible. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt rendu le 10 février 2021¹⁸⁶¹, applique scrupuleusement ce critère. Sa motivation peut, cependant, susciter la perplexité car nous laisse sur notre faim. En effet, il est le premier arrêt à faire référence aux articles 1110 et 1171 du Code civil. Il s'agissait, en l'espèce, d'un litige opposant une salariée à son ancien employeur autour de la clause de prescription insérée dans le contrat de travail¹⁸⁶². La salariée, agent de service, avait été victime d'un accident de travail alors qu'elle était au service d'un autre employeur. Cet accident la rendit inapte à exercer ses fonctions si bien que l'employeur en cause à l'instance lui notifia son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement. L'ancienne salariée contesta le bien-fondé de son licenciement et sollicita le paiement d'une indemnité, ce que le conseil des prud'hommes lui refusa. Elle interjeta appel de cette

¹⁸⁵⁵ **REJET (T.)**. « Les critères du contrat d'adhésion : article 1110 nouveau du Code civil », *art. préc.*, p. 1775, n° 11.

¹⁸⁵⁶ Art. 1110, al. 2 du C. civ. (première version) : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*

¹⁸⁵⁹ **PELLET (S.)**. « Contrat d'adhésion et négociation », *art. préc.*, p. 72.

¹⁸⁶⁰ **REJET (T.)**. « Les critères du contrat d'adhésion : article 1110 nouveau du code civil », *art. préc.*, p. 1775, n° 11.

¹⁸⁶¹ CA Paris, 10 fév. 2021, n° 18/11116 : *Petites Affiches*, mai 2021, n° 90, p. 16, note A.-L. Zabel.

¹⁸⁶² La clause de prescription litigieuse était rédigée en ces termes : « Conformément aux dispositions de l'article 2254 alinéa 1^{er} du Code civil et sous réserve des dispositions légales ou conventionnelles contraires, en ayant parfaitement conscience de la portée de cet engagement, les parties conviennent de réduire à 1 an le délai de prescription de toutes les actions de l'initiative de l'une ou l'autre des parties pouvant naître de la conclusion, de l'exécution, de la rupture du présent contrat de travail et de ses avenants futurs ».

décision en faisant notamment valoir que la clause relative à la prescription devait être déclarée abusive car créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La Cour d'appel de Paris la débouta de ses demandes pour deux raisons. Premièrement, la Cour releva que l'appelante avait signé la page sur laquelle était rédigée la clause relative à la prescription. Elle ne pouvait donc pas soutenir qu'elle n'en avait pas eu connaissance. Deuxièmement, les juges d'appel estimèrent que les dispositions de l'ordonnance de 2016 ne pouvaient s'appliquer à un contrat conclu antérieurement (le contrat avait été conclu en 2012). Néanmoins, les magistrats soutinrent que, dans l'hypothèse où l'ordonnance de 2016 aurait pu être mise en œuvre, ses dispositions n'auraient, de toute façon, pas pu s'appliquer car « en tout état de cause, le contrat de travail, dont les clauses sont négociables entre les parties, n'est pas un contrat d'adhésion ».

La motivation de la Cour d'appel est sans aucun doute quelque peu « péremptoire »¹⁸⁶³. Premièrement, comment peut-elle affirmer, par principe, que le contrat de travail n'est pas un contrat d'adhésion¹⁸⁶⁴ ? Cette appréciation ne dépend-t-elle pas du cas d'espèce ? Or, dans l'affaire présentée, peut-on vraisemblablement croire que la salariée ait pu avoir un quelconque pouvoir de négociation des termes du contrat¹⁸⁶⁵ ? Était-elle véritablement en position de force ? Peut-être la Cour d'appel a-t-elle écarté cette qualification car une seule clause était litigieuse et non un « ensemble de clauses » comme l'indique l'article 1110, alinéa 2 du Code civil¹⁸⁶⁶. Cependant, cela ne saurait être déterminant de la qualification de contrat d'adhésion. Il est tout à fait possible que dans un ensemble de clauses non négociables, une seule entraîne un déséquilibre significatif. Deuxièmement, la simple signature, si elle peut attester de la lecture de la clause par la salariée, peut-elle seulement prouver que cette dernière ait bel et bien compris ladite clause ? Et, le cas échéant, constituer un indice de négociation du contrat ? Nous pouvons en douter.

¹⁸⁶³ **ZABEL (A.-L.)**. « L'application de l'article 1171 du Code civil refusée à une clause de réduction de la prescription contenue dans un contrat de travail », *art. préc.*, p. 20.

¹⁸⁶⁴ En raison de l'inégalité qui caractérise la relation des parties, la subordination du salarié vis-à-vis de son employeur, et l'état de dépendance économique dans lequel se trouve le salarié, le contrat de travail est très souvent qualifié de contrat d'adhésion. V., par ex. : **LOISEAU (G.)**. « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP S*, déc. 2015, n° 52, étu. 1468, p. 1, spéc. p. 3, n° 9 ; **FABRE-MAGNAN (M.)**. « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *Semaine sociale Lamy*, mars 2016, n° 1715, p. 5, spéc. p. 7.

¹⁸⁶⁵ **ZABEL (A.-L.)**. *Ibid.*, p. 21.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 20.

Bien que la question ne se posât pas en raison du principe de l'application de la loi dans le temps, il est regrettable que les juges de la Cour d'appel de Paris n'aient pas été plus loin dans le raisonnement qu'ils ont eux-mêmes amorcé. Cela étant, la décision confirme que la qualification de contrat d'adhésion dépend de la preuve apportée par la partie adhérente de l'impossibilité matérielle d'en négocier les clauses. Aussi lourde soit-elle à porter – ce qui pourrait justifier, à terme, un allègement de la charge de la preuve¹⁸⁶⁷ – la preuve d'une impossible négociation entre les parties est l'indice déterminant de l'application de l'article 1110, alinéa 2¹⁸⁶⁸. En outre, nous souhaitons remarquer que la négociation n'implique pas seulement la possibilité d'accepter, ou non, certaines clauses du contrat. La négociation sous-entend la liberté, pour la partie adhérente, au même titre que la partie stipulante, de discuter du contenu desdites clauses, de trouver un compromis, d'assurer réellement la défense de ses intérêts. A nos yeux, la capacité de simplement refuser l'application d'une clause n'induit certainement pas que cette dernière ait été négociable¹⁸⁶⁹.

Cette totale impossibilité de négociation est d'autant plus mise en avant que l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil est l'« antonyme »¹⁸⁷⁰ de l'alinéa 1^{er} qui dispose que : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties ». Ce dernier souligne, en effet, le caractère négociable des stipulations du contrat de gré à gré. Cela signifie qu'il n'y a aucun obstacle matériel, aucune impossibilité factuelle, à la négociation du contrat. Partant, « le contrat non négocié dans les faits mais qui aurait pu l'être, parce qu'il était négociable, ne peut plus être qualifié de contrat d'adhésion... »¹⁸⁷¹. A partir de l'instant où une négociation aurait pu exister, que des clauses auraient pu être modifiées, voire même rajoutées, que chacune des parties a réussi à défendre concrètement ses intérêts, ou que les clauses n'auront tout simplement pas été imposées par l'une des parties à l'autre¹⁸⁷², le contrat sera qualifié de gré à gré. A l'inverse, à partir du moment où l'absence de négociation découle d'une discussion « rendue matériellement impossible », le

¹⁸⁶⁷ **GRIMALDI (C.)**. « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 137, n° 9.

¹⁸⁶⁸ **ZABEL (A.-L.)**. *Ibid.*, p. 21.

¹⁸⁶⁹ *Contra* **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. « Un défi pour le droit des contrats : les qualifications contractuelles incertaines », *art. préc.*, p. 25, n° 9.

¹⁸⁷⁰ **REVET (T.)**. « L'achèvement de la réforme du droit des commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *RDC*, juin 2018, n° H.-S., p. 7, n° 5.

¹⁸⁷¹ **BLANC (N.)**. « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC*, juin 2018, n° H.-S., p. 21, n° 9.

¹⁸⁷² Cass. soc., 17 mars 1979, n° 77-10382, *Bull. civ.* V, n° 213.

contrat sera qualifié d'adhésion. Cela fait donc de ce dernier le « négatif » du contrat de gré à gré.

321. L'exemple des contrats de dépendance. La mobilisation d'une illustration pratique permet, sans aucun doute, une meilleure compréhension de la définition du contrat d'adhésion. Le choix de notre exemple s'est porté sur les contrats de dépendance¹⁸⁷³. Nous aurions pu sélectionner un autre contrat spécial ou reprendre l'exemple trop bien connu du contrat de consommation pour illustrer notre propos. Pourtant, l'exemple des contrats de dépendance s'est révélé être particulièrement intéressant dans la mise en œuvre des critères de définition du contrat d'adhésion. Cela est particulièrement vrai de l'exemple du contrat de franchise en raison du débat qui tourne autour de sa qualification. Peu animé¹⁸⁷⁴, cette controverse a connu un regain d'intérêt dès l'instant où il a été soutenu que les contrats de dépendance ne pouvaient se voir être qualifiés de contrats d'adhésion¹⁸⁷⁵. Pour reprendre la formule du professeur Chénéde, principal promoteur de cette idée : « L'adhésion irréfléchie aux conditions générales d'un fournisseur de services ou de biens (contrat d'adhésion) n'est pas la soumission forcée aux conditions particulières d'un distributeur ou fournisseur (contrat de dépendance) »¹⁸⁷⁶. Selon ce même auteur, il faudrait

¹⁸⁷³ **VIRASSAMY (G.)**. *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1986, p. 10, n° 2 : les contrats de dépendance sont des « contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujéti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination ».

¹⁸⁷⁴ Contrairement à ce que nous observerons pour le contrat de franchise québécois, peu nombreux sont les auteurs français qui se sont intéressés à la qualification du contrat de franchise. Encore aujourd'hui, le contrat de franchise demeure un contrat innomé (**DISSAUX (N.)**. « Franchise », *Rép. com. Dalloz*, mars 2019, n°s 1-23 ; **LE TOURNEAU (P.)**. *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Paris : Lexis Nexis, 2007, p. 15, n°s 36-37 ; **RIERA (A.)**. *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, préf. PICOD (Y.), Coll. des thèses, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 22-23, n° 22). Et lorsqu'ils font référence à l'adhésion, ils visent en fait l'acte d'adhésion au réseau, au système de franchise et non le contrat d'adhésion lui-même (**AMIÉL-COSME (L.)**. *Les réseaux de distribution*, préf. GUYON (Y.), Coll. Biblio de droit privé, Paris : LGDJ, 1995, p. 131, n° 148 ; **BESSIS (P.)**. *Le contrat de franchisage*, Coll. Droit des affaires, Paris : LGDJ, 1990, p. 57 et 69). Il en va de même pour la jurisprudence dans laquelle les juges font parfois référence au « contrat d'adhésion ». Ici aussi, il ne s'agit nullement du contrat d'adhésion tel que nous l'entendons dans notre objet d'étude mais de l'acte d'adhésion au réseau de franchise. Ainsi, les juges vont donc faire référence à « l'adhésion au réseau de franchise » (V. not. CA de Montpellier, 2^e ch. civ., 27 nov. 2007, n° 07/01587 ; CA de Lyon, 1^{ère} ch. civ., 21 avr. 2011, n° 10/00997) et vont souvent faire la distinction entre le contrat de franchise, le contrat d'enseigne et le contrat d'adhésion au réseau (V., entre autres, CA de Paris, 3^{ème} ch. B, 6 mai 1994, n° 92/8154 ; CA de Paris, 28 janv. 1998, n° 96/08086 ; CA de Pau, 11 déc. 2006, n° 04/00868 ; CA de Douai, 2^e ch., 2^e sect., 21 déc. 2006, n° 04/02939).

¹⁸⁷⁵ Selon le professeur Chénéde, le contrat de franchise ne risque pas d'être qualifié de contrat d'adhésion (V. égal. : **COIPEL (M.)**. « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », *R.J.T.*, 1990, vol. 24, n° 3, p. 499), ce dont nous pouvons douter. En effet, selon lui, la dépendance de l'une des parties à l'autre n'est pas comparable à l'offre faite au public (**CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G*, juill. 2016, n° 27, p. 1334). Ainsi, le consentement serait libre dans le contrat d'adhésion mais pas éclairé. Au contraire, il ne serait pas libre dans le contrat de dépendance mais toutefois éclairé.

¹⁸⁷⁶ **CHENEDE (F.)**. *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives*, op. cit., p. 111, n° 23.365.

distinguer le consentement à un contrat d'adhésion, qui serait libre mais pas éclairé, du consentement à un contrat de dépendance, qui ne serait pas libre mais éclairé¹⁸⁷⁷. Nous pouvons ne pas être convaincue par cette distinction quelque peu manichéenne qui réduit drastiquement le champ d'application du contrat d'adhésion. La professeure Behar-Touchais vient contrer cette analyse en offrant l'exemple suivant¹⁸⁷⁸ : un professeur de droit, pour l'acquisition d'un bien ou l'obtention d'un service, est amené à conclure un contrat de consommation. Son consentement n'est-il pas éclairé ? Mais, au contraire, conserve-t-il son entière liberté ? De par sa qualité, ce professeur se rend parfaitement compte de l'impossibilité, pour lui, de négocier les conditions du contrat d'adhésion qui peuvent tout à fait abriter des clauses abusives. De cela, notre protagoniste en est également on ne plus conscient. A l'inverse, peut-on réellement croire qu'un professionnel soit totalement libre dans le choix de son partenaire commercial ? Peut-on vraiment envisager qu'il soit plus vigilant qu'un consommateur *lambda* ? Au même titre que la professeure Behar-Touchais, « nous pensons donc que la différence décrite comme fondamentale [...] entre le contrat d'adhésion et le contrat de dépendance est bien plus minime, car le contrat d'adhésion n'est pas celui qu'on ne négocie pas du tout, mais aussi celui qu'on ne 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 »¹⁸⁷⁹. Finalement, ce qui compte dans le contrat d'adhésion, c'est bien la soumission aux conditions imposées par l'autre que l'on soit dans le cadre d'un contrat de dépendance ou de consommation. L'on se souvient de la définition de l'adhésion donnée par Berlioz : « L'adhésion est un acte par lequel la partie contractante qui sait que l'autre partie entend traiter suivant les conditions de la stipulation, indique son intention de se soumettre pour cette transaction aux termes et conditions de cette stipulation »¹⁸⁸⁰. L'acte d'adhésion est indissociable de la soumission si bien que nous pouvons penser qu'il n'est pas logique de scinder l'adhésion de la soumission. Il ne nous semble pas non plus logique de distinguer le contrat de dépendance du contrat d'adhésion. En effet, comme le professeur Virassamy¹⁸⁸¹, nous pouvons penser qu'un

¹⁸⁷⁷ CHENEDE (F.). « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *art. préc.*, p. 1336.

¹⁸⁷⁸ BEHAR-TOUCHAIS (M.). « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 82-83, n° 3.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 83, n° 3.

¹⁸⁸⁰ BERLIOZ (G.). *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.*, p. 31, n° 48.

¹⁸⁸¹ VIRASSAMY (G.). *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, *op. cit.*, p. 131, n° 183.

contrat de dépendance peut très bien recevoir la qualification de contrat d'adhésion. Les professionnels sont loin d'être immunisés contre l'inégalité de pouvoirs. Le professeur Virassamy a été le premier à mettre en avant l'importance de protéger non seulement les consommateurs mais également les professionnels, plus particulièrement les concessionnaires et les franchisés¹⁸⁸². Ces derniers concluent, en effet, un contrat qui les place dans un rapport de dépendance et sous la domination du franchiseur. Cette dépendance économique peut avoir de lourdes conséquences en ce qu'elle peut conduire à de graves abus de puissance¹⁸⁸³. Qui plus est, la jurisprudence a également eu l'occasion de qualifier des contrats de dépendance de contrats d'adhésion. C'est le cas d'un contrat liant un fournisseur à une centrale d'achat¹⁸⁸⁴ ou encore d'un contrat de concession¹⁸⁸⁵. Par déduction, nous pouvons penser qu'il ne sera pas impossible pour les juges d'étendre cette qualification au contrat de franchise.

Une partie de la doctrine contemporaine n'hésite pas non plus à affirmer que le contrat de franchise est un contrat d'adhésion. Pour ce faire, elle s'appuie sur des paramètres semblables à ceux énoncés à l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil. En effet, les auteurs¹⁸⁸⁶, mais aussi les juges¹⁸⁸⁷, vont souligner l'importance de la rédaction unilatérale des termes du contrat par le franchiseur si bien que le contrat de franchise sera souvent qualifié de « contrat-type de franchise »¹⁸⁸⁸ ou de « contrat-cadre d'adhésion »¹⁸⁸⁹. De fait, la négociation sera tout bonnement impossible ou, au mieux, réalisée sur des points très secondaires du contrat. Cette négociation à la marge ne suffira toutefois pas à faire échapper le contrat de franchise à la qualification de contrat d'adhésion. L'impossibilité de négocier

¹⁸⁸² **VIRASSAMY (G.)**. *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, *op. cit.*, p. 6, n° 1.

¹⁸⁸³ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**, **VIRASSAMY (G.)**. *Les contrats de la distribution*, in *Traité des contrats*, GHESTIN (J.) (dir.), Paris : LGDJ, 1999, p. 2, n° 3.

¹⁸⁸⁴ Cass. com., 3 mars 2015, n° 14.10-907, inédit.

¹⁸⁸⁵ CA de Paris, 27 sept. 1977, v. **AMIÉL-COSME (L.)**. *Les réseaux de distribution*, *op. cit.*, p. 216, n° 231.

¹⁸⁸⁶ V. not. **DISSAUX (N.)**. « Franchise », *op. cit.*, n° 48 ; **DUTTO (V.)**. « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat*, avr. 2017, n° 4, p. 161 ; **RIERA (A.)**. « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », *AJ Contrat*, janv. 2016, n° 1, p. 21.

¹⁸⁸⁷ CA de Douai, 2^e ch., 1^{er} sect., 6 sept. 2007, n° 06/1777 ; CA de Douai, 2^e ch., 2^e sect., 6 mai 2008, n° 07/00726 ; CA de Paris, 4^e ch., pôle 5, 25 sept. 2013, n° 11/17338 ; T. com. Paris, 13 oct. 2020, n° 2017005123, p. 19-20 : « Il est constant que le contrat liant Subway à ses franchisés est un contrat d'adhésion, ce que Subway confirme, dans ses conclusions, en revendiquant comme suit l'absence de négociation effective des clauses incriminées : "L'homogénéité est une donnée inhérente à tout réseau de franchise car elle permet de développer une identité commune. Du fait de cette indispensable homogénéité dans le réseau, il est donc logique que les contrats soient tous rédigés sur le même modèle. Il en va ainsi absolument dans tous les réseaux de franchise" ». (Lire en ligne sur : < <https://www.doctrine.fr/d/TCOM/Paris/2020/UEE722FFDE1A08CF32043> >.)

¹⁸⁸⁸ CA de Paris, 28 janv. 1998, n° 96/08086.

¹⁸⁸⁹ **LE TOURNEAU (P.)**. *Les contrats de franchisage*, *op. cit.*, p. 2, n° 4.

un ensemble de clauses portant, qui plus est, sur les éléments essentiels et incontournables de la relation de franchisage, est donc un critère fondamental dans la qualification du contrat de franchise¹⁸⁹⁰.

322. Si les deux critères essentiels du contrat d'adhésion ont été rédigés noir sur blanc par le législateur dans le Code civil, reste un critère qui n'a pas été retenu et qui pourtant interroge : le déséquilibre des forces.

B. Le critère sous-jacent : le déséquilibre des forces

323. *Le consensus autour du critère.* Que ce soit dans la définition finalement retenue dans le Code civil ou, comme nous l'avons vu, dans les projets de réforme du droit des contrats, ni le législateur ni les rédacteurs des projets avant lui n'ont choisi le déséquilibre des forces comme critère de définition du contrat d'adhésion. Pourtant, c'est un critère de qualification largement répandu et qui semble faire consensus¹⁸⁹¹. En effet, la majorité des définitions tirées des ouvrages généraux de droit des contrats mentionnent l'inégalité des parties ou le déséquilibre des forces comme éléments caractéristiques du contrat d'adhésion. Certains auteurs, après l'adoption de l'ordonnance de réforme de 2016, auraient même souhaité que le législateur inscrive ce critère à l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil¹⁸⁹². Cette suggestion était parfaitement raisonnable car si le contrat d'adhésion n'est pas forcément déséquilibré dans son contenu¹⁸⁹³, il l'est obligatoirement dans sa structure. Le contrat est d'adhésion parce qu'il a été, entre autres, conclu entre deux parties aux puissances inégales. Certes, cette inégalité de pouvoirs, qui se traduit par le déséquilibre des forces, ne s'exprime pas forcément à travers un déséquilibre du contenu. Or, c'est bien ce qu'a cherché à combattre le législateur en faisant du contrat d'adhésion une catégorie

¹⁸⁹⁰ **CHAGNY (M.)**. *Le Lamy droit économique* 2018, n° 4381 ; **LELOUP (J.-M.)**. *La franchise : droit et pratique, op. cit.*, p. 243, n° 1315. T.G.I de Carcassonne, 2 mai 2002, n° [XTGIC020502X].

¹⁸⁹¹ Une nuance est toutefois apportée par les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet qui estiment qu'il ne faut pas seulement tenir compte du déséquilibre entre les parties. Ce critère ne doit pas éclipser les autres critères de définition du contrat d'adhésion, notamment la détermination unilatérale qui peut conduire à l'insertion de clauses abusives : **GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.)**. *La formation du contrat : le contrat – le consentement*, t. 1, in *Traité de droit civil*, GHESTIN (J.) (dir.), 4^e éd., Paris : LGDJ, 2013, p. 289, n° 384.

¹⁸⁹² **DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.)**. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Paris : LexisNexis, 2016, p. 64 (v. p. 80 dans la deuxième édition du même ouvrage dans lequel les auteurs concèdent que le déséquilibre des forces est un élément passé sous silence en raison de son caractère consubstantiel au contrat d'adhésion) ; **MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 224, n° 427 (les auteurs jugent la définition « déplorable ») ; **LOISEAU (G.)**. « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, déc. 2015, n° 12, p. 497.

¹⁸⁹³ V. *infra* n°s 358 et s.

contractuelle. Partant, l'on peut penser que ce paramètre aurait très bien pu trouver sa place au sein de la définition du contrat d'adhésion comme point de départ au possible déséquilibre du contenu du contrat. Le critère du déséquilibre des forces semble même commencer à se faire une place au sein de la jurisprudence qui n'hésite pas à le reprendre *in extenso* et à l'employer comme indice au déséquilibre significatif¹⁸⁹⁴. En outre, ledit critère est d'autant plus opportun que le contrat d'adhésion est, comme nous l'avons souligné, le « négatif » du contrat de gré à gré. La construction même de l'article 1110 du Code civil induit l'existence d'un tel déséquilibre. En effet, l'opposition entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, en reposant sur le critère de la négociation ou de l'impossible négociation des termes du contrat, présume le déséquilibre. La distinction entre les deux types de contrat est donc d'autant plus révélatrice qu'elle repose sur l'idée de rapport de forces¹⁸⁹⁵. C'est pourquoi nous pouvons penser que le consentement de l'adhérent ne ressemble pas totalement au consentement du cocontractant¹⁸⁹⁶.

324. Le consentement de l'adhérent diffère des parties à un contrat de gré à gré¹⁸⁹⁷.

Il va de soi que le bouleversement vécu par la théorie générale du contrat entraîne un renouvellement de ses notions, et plus particulièrement du mot « consentement ». Autrefois, le consentement était synonyme de rencontre des volontés¹⁸⁹⁸ et laissait entrevoir le processus de discussion qui donna naissance au contrat. Il arborait alors une dimension collective et partagée. Aujourd'hui, le consentement traduirait l'expression d'une volonté individuelle et se résumerait à être une adhésion à un projet contractuel¹⁸⁹⁹. En conséquence, le consentement à un contrat de gré à gré ne serait pas si différent de l'adhésion à un contrat d'adhésion. Dit autrement, le consentement de l'adhérent serait bel

¹⁸⁹⁴ Cass. com., 7 juill. 2018, n^{os} 19-22.807 et 19-22.956, inédit : « Après avoir énoncé que le caractère pré-rempli des clauses du contrat ne suffit pas à prouver la soumission ou la tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n^o 2019-359 du 24 avril 2019, et qu'il convient de rechercher si la société Avenir Telecom, laquelle s'est reconnue au contrat comme professionnelle en matière de logistique et, partant, de stockage, avait un pouvoir réel de les négocier, l'arrêt retient que le rapport de force entre les parties, compte tenu de leur taille, de leur poids économique et de leur présence sur le marché, ne traduit pas un déséquilibre économique, aucun élément n'étant produit en faveur d'un risque encouru par la société Avenir Telecom en cas de refus de la clause litigieuse ».

¹⁸⁹⁵ **REVEY (T.)**. « L'achèvement de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *art. préc.*, p. 7, n^o 5 ; **WICKER (G.)**. « L'auteur du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 60.

¹⁸⁹⁶ *Contra* **CHANTEPIE (G.)**. « Le consentement de l'adhérent », *RDC*, juin 2019, n^o 2, p. 143-144. V. égal. : **FARJAT (G.)**. *Pour un droit économique*, Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, p. 54.

¹⁸⁹⁷ Reprise d'une formule employée par le Professeur Chantepie : « Le consentement de l'adhérent ne diffère pas de celui de son cocontractant ou de celui des parties à un contrat de gré à gré » (« Le consentement de l'adhérent », *art. préc.*, p. 142). Dans le même sens, v. **FORRAY (V.)**. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 279, n^o 395.

¹⁸⁹⁸ **CHANTEPIE (G.)**. *Ibid.*, p. 140.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 140 et p. 142.

et bien un consentement entendu comme l'expression d'une volonté individuelle qui donne son accord à un projet contractuel. Dans les deux cas, le consentement, qui découle d'un acte de volition – c'est-à-dire, la puissance pour une personne de poser sa propre loi¹⁹⁰⁰ – constitue une sorte de « capitulation »¹⁹⁰¹. Dès lors, « il y a toujours de l'aliénation dans un consentement »¹⁹⁰². La professeure Frison-Roche résume l'idée ainsi : « En Occident, la liberté est dans le “non” ; le consentement est dans le “oui”. Par la volonté, je domine ; par le consentement, je me sou mets. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement ». Ce dernier serait donc devenu « un signe de faiblesse, de vassalité »¹⁹⁰³, ce qui n'est pas sans rappeler la « reféodalisation » développée par le contrat d'adhésion¹⁹⁰⁴. Si nous ne sommes pas insensible à cette évolution du consentement (qui reflète, en fait, notre conception actuelle des relations sociales et économique, et de la fonction du contrat sur le marché¹⁹⁰⁵), nous ne sommes cependant pas persuadée qu'il faille tenir pour totalement équivalent le consentement à un contrat de gré à gré et celui à un contrat d'adhésion. En effet, nous pouvons penser que le consentement à un contrat d'adhésion – l'adhésion – n'aura pas la même portée qu'un contrat consenti de gré à gré. Pour saisir cette différence de degré, ce n'est pas tant dans les définitions juridiques qu'il nous faut chercher mais dans les définitions courantes du mot « adhésion » et du mot « consentement ».

L'adhésion évoque, dans un premier temps, une union étroite et forte à une réalité donnée. En adhérant à une idée, on l'embrasse pleinement, on l'adopte complètement. L'idée devient notre. Nous allons adhérer à un parti politique ou à une association dont nous partageons les vues et les idées. L'adhésion deviendrait presque un acte de foi. Elle est, en tout cas, une approbation réfléchie¹⁹⁰⁶. Mais, l'adhésion sous-entend également, dans un second temps, une soumission sans réserve à la réalité¹⁹⁰⁷. Or, la soumission, négatif de l'approbation réfléchie, suggère une disposition à accepter la dépendance, l'obéissance¹⁹⁰⁸. En ce sens, la soumission est synonyme de sujétion, de docilité. Quant au consentement, il

¹⁹⁰⁰ **FRISON-ROCHE (M.-A.)**. « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *art. préc.*, p. 574, n° 2.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*

¹⁹⁰² *Ibid.*

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 574, n° 3.

¹⁹⁰⁴ *V. supra* n° 84.

¹⁹⁰⁵ **FRISON-ROCHE (M.-A.)**. *Ibid.*, p. 576 et s.

¹⁹⁰⁶ *Le Petit Robert de la langue française 2018*, p. 33.

¹⁹⁰⁷ Définition du TLFi. Disponible en ligne sur < <https://www.cnrtl.fr/definition/adhesion> >.

¹⁹⁰⁸ *Le Petit Robert de la langue française 2018*, p. 2407.

découle du verbe « consentir » qui signifie « se prononcer en faveur de l'accomplissement d'un objet ou d'un acte »¹⁹⁰⁹. Le consentement suppose de concourir à l'accomplissement d'un acte. Il autorise, permet qu'une chose se fasse. A partir de ces définitions, l'on peut percevoir la différence entre le consentement à un contrat de gré à gré et l'adhésion à un contrat au contenu imposé. La partie à un contrat de gré à gré démontrera une approbation réfléchie. A défaut d'embrasser le projet contractuel, le terme étant peut-être un peu fort, le cocontractant l'intériorise. Il s'approprie le projet, le fait sien. Son consentement est conscient et dynamique. Au contraire, l'adhérent à un contrat d'adhésion accepte sa situation de dépendance vis-à-vis du stipulant. Son adhésion perd en dynamisme pour devenir une sorte de « consentement dévitalisé », c'est-à-dire ayant perdu de sa vitalité. L'adhésion se veut plus naïve, plus passive que l'approbation du cocontractant à un contrat de gré à gré. Qui plus est, et même s'il est d'usage courant de parler indifféremment de « contractant » et de « cocontractant » tant pour un contrat de gré à gré qu'un contrat d'adhésion (nous-même le faisons dans cette étude), l'on parle bien de « cocontractant » et d'« adhérent ». La qualification même des parties induit une différence dans le rôle que ces dernières tiennent dans la conclusion du contrat. Le préfixe « co » de « cocontractant » exprime l'idée de réunion, d'association, de participation, de partage des responsabilités, de communauté d'intérêt et d'action¹⁹¹⁰. *A contrario*, l'adhérent est la partie contractante qui indique son intention de se soumettre à une transaction dont les termes ont été déterminés à l'avance par le stipulant.

Aussi, nous pouvons penser que la conception classique et traditionnelle du consentement n'a pas disparu. Du moins, nous souhaiterions la défendre dans notre démonstration. Comme nous l'avons précisé en début de paragraphe, le consentement, compris classiquement, permet d'imaginer les discussions et les négociations qui ont pu être menées par les parties avant de parvenir à dresser un accord satisfaisant. En ce sens, nous croyons que consentement et adhésion n'ont pas la même puissance. Et cette puissance tient au pouvoir de négocier, ou non, les termes du contrat. Dans le contrat d'adhésion, nous l'avons vu, ce pouvoir est négatif. L'adhérent se contente d'accepter ou de rejeter les termes du contrat. Dans le contrat de gré à gré, au contraire, ce pouvoir est positif.

¹⁹⁰⁹ Définition du TLFi. Disponible en ligne sur < <https://www.cnrtl.fr/definition/consentir> >.

¹⁹¹⁰ Définition du TLFi. Disponible en ligne sur < <https://www.cnrtl.fr/definition/cocontractant> >.

Le cocontractant peut modifier le contenu du contrat. Il a son mot à dire et c'est ce qui fait toute la différence. En ce sens, « l'adhésion traduirait alors un rapport de puissance par lequel l'un des contractants impose à l'autre ses conditions »¹⁹¹¹. Depuis la modification de l'article 1110, alinéa 2 du Code civil français, l'adhésion n'est plus considérée comme l'acceptation en bloc d'un tout figé¹⁹¹². En effet, le contrat sera d'adhésion dès lors qu'un *ensemble* de clauses n'ont pas été négociables. Cet ensemble suppose qu'une majorité des clauses du contrat n'aient pu être négociées. Il importe peu que quelques-unes d'entre elles aient pu ou auraient pu être négociées. « L'adhérent peut ainsi consentir en ayant tout à la fois, pu négocier certaines clauses, à l'image des parties à un contrat de gré à gré, et adhéré en bloc à d'autres »¹⁹¹³. A défaut d'être « unitaire », nous pouvons penser que son consentement se scinde en deux puisque son adhésion au projet contractuel ne se situe pas sur un même niveau¹⁹¹⁴. Cette scission est d'autant plus probante que le consentement est saisi par des régimes différents. L'adhésion aux termes imposés du contrat tombera sous le coup des articles composant le régime du contrat d'adhésion tandis que le consentement aux termes négociés suivra le régime classique du contrat de gré à gré.

En exprimant cette position, nous avons conscience que nous défendons le « moyen de maintenir une partie des contrats, les contrats de gré à gré, en dehors d'un contrôle objectif de leur contenu, en préservant les vestiges d'une théorie générale d'inspiration volontariste »¹⁹¹⁵. Si cette idée est sous-jacente à notre démonstration, notre objectif premier est, en réalité, de « justifier une ébauche de protection de l'adhérent », de la consolider en « tenant le mécanisme de l'adhésion pour un consentement amoindri »¹⁹¹⁶. L'adhésion à un ensemble de clauses non négociables ne peut être traitée de la même façon qu'un consentement donné à des clauses négociables, et qui auraient été négociées. Cela tient à la technique même de formation du contrat et aux conséquences qu'elle a sur le lien contractuel. Le professeur Chantepie l'a bien résumé : « En d'autres termes, le consentement de l'adhérent et celui des parties à un contrat de gré à gré ne diffèrent pas dans l'appréciation de l'équilibre économique du contrat mais dans l'appréciation de

¹⁹¹¹ CHANTEPIE (G.). « Le consentement de l'adhérent », *art. préc.*, p. 142.

¹⁹¹² *Ibid.*

¹⁹¹³ *Ibid.*

¹⁹¹⁴ *Contra, ibid.*, p. 142-143.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 145.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*

l'équilibre de ses clauses »¹⁹¹⁷. N'avons-nous pas démontré, en première partie, que la justice contractuelle, au contact de la notion de contrat d'adhésion, venait aujourd'hui garantir l'équilibre normatif du contrat¹⁹¹⁸ ? La distinction que nous faisons entre adhésion et consentement découle de cette même idée générale que le contrat d'adhésion ne suit pas exactement la même trajectoire que le contrat de gré à gré en raison de la technique de conclusion sur laquelle il repose. C'est tout l'intérêt de la distinction entre les deux types de contrat. Tenir les consentements des parties à un contrat de gré à gré et à un contrat d'adhésion pour synonymes reviendrait à dépasser la technique de formation du contrat pour s'attacher à l'équilibre général de son contenu, tant économique que normatif. L'on traquerait le déséquilibre peu important sa nature¹⁹¹⁹. Or, ce n'est pas le choix fait par le législateur français qui a compris que ce qui pose problème dans le contrat d'adhésion, ce n'est pas tant l'équilibre économique du contrat que son équilibre normatif. Inversement, le contrat de gré à gré a plus de chances de présenter un déséquilibre économique, car c'est là le cœur de la négociation et le nerf du contrat sur lequel l'une des parties voudra, peut-être, imposer ses conditions ou y dissimuler un déséquilibre dont l'ampleur ne sera pas correctement appréciée par son cocontractant. Apprécier le déséquilibre de façon globale, c'est peut-être la prochaine étape de l'évolution de la théorie générale du contrat si les frontières entre contrat d'adhésion et contrat de gré à gré deviennent aussi poreuses. En attendant, la distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion existe, pour le moment, et l'on doit en tirer les conséquences pour l'exploiter au mieux.

325. Une illustration pratique du critère. S'il n'est pas repris textuellement, l'on perçoit que le déséquilibre des forces est sans aucun doute un critère sous-jacent de la définition du contrat d'adhésion. Il apparaît en filigrane lorsque l'on parle d'impossibilité matérielle ou factuelle de discuter des termes du contrat d'adhésion. Il est sous-entendu dans l'idée d'imposition ou de soumission des termes du contrat. Il est également très souvent relevé par la doctrine en visant le contrat de dépendance, en général, et le contrat de franchise, en particulier. En effet, ces contrats conclus entre professionnels sont censés reposer sur les principes d'égalité, de liberté et d'interdépendance¹⁹²⁰. Le contrat de franchise, en

¹⁹¹⁷ CHANTEPIE (G.). « Le consentement de l'adhérent », *art. préc.*, p. 145.

¹⁹¹⁸ V. *supra* n° 297.

¹⁹¹⁹ V. *supra* n° 204.

¹⁹²⁰ VIRASSAMY (G.). *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, *op. cit.*, p. 9, n° 2.

particulier, est souvent défini comme étant un contrat de collaboration dont la complexité technique suppose une forte coopération entre les parties¹⁹²¹. Comment une telle qualification pourrait être possible ? La coopération ne suppose-t-elle pas la libre discussion des termes du contrat ? Il semblerait que cela ne soit pas une vérité absolue. Comme leur nom l'indique, les contrats de dépendance sont marqués par la dépendance économique et la domination de l'une des parties sur l'autre ce qui en font des contrats profondément affectés par l'inégalité des parties. Concernant le cas particulier du contrat de franchise, certains auteurs québécois n'hésitent pas à parler de « position concrètement dominante du franchiseur »¹⁹²² ou encore à affirmer que « l'inégalité des parties au moment de la négociation est en effet largement reconnue »¹⁹²³. Un auteur québécois va même jusqu'à mettre en avant les comportements opportunistes du franchiseur et la mauvaise foi de ce dernier¹⁹²⁴. « Force est donc de constater que la relation de franchise fait naître des rapports assez inégalitaires. D'une part, un acte de soumission du côté du franchisé qui aliène sa liberté volontairement et, d'autre part, un acte de domination du côté du franchiseur qui impose sa loi »¹⁹²⁵.

La doctrine française va, à son tour, particulièrement mettre l'accent sur l'inégalité de pouvoirs et le déséquilibre des forces en présence pour qualifier le contrat de franchise

¹⁹²¹ **BESSIS (P.)**. *Le contrat de franchisage*, *op. cit.*, p. 17 : la franchise permet à franchiseur de faire profiter sa réussite commerciale à un franchisé « au terme d'une coopération qui vise à reproduire ce succès commercial » ; **LELOUP (J.-M.)**. *La franchise : droit et pratique*, Coll. Encyclo. Delmas, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2000, p. 38, n° 305 : le contrat de franchise est « le contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise, dénommée franchiseur, confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisées, le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables ».

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 avril 1978 (CA de Paris, ch. 5, 28 avr. 1978, v. **BESSIS (P.)**). *Le contrat de franchisage*, *op. cit.*, p. 29), offre également une définition très complète de la franchise la qualifiant de « méthode de collaboration » par laquelle le franchiseur, « propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connus, de sigles, symboles, marque de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier », met à la disposition du franchisé « le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon les techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive ». Le tout dans l'objectif de réaliser un « meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées ».

¹⁹²² **BRAS MIRANDA (G.)**. « Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois », *R.J.T.*, 1998, vol. 32, n° 3, p. 853.

¹⁹²³ **MATHIEU (P.-A.)**. *La nature juridique du contrat de franchise*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹²⁴ **MRABET (Z.)**. « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et du droit international uniforme », *R.J.T.*, 2007, vol. 41, n° 2, p. 439-440.

¹⁹²⁵ *Ibid.*, p. 440.

de contrat d'adhésion¹⁹²⁶. Il a d'ailleurs été soutenu que le contrat de franchise participait à la « reféodalisation » des rapports sociaux¹⁹²⁷. En effet, il s'inscrit dans un nouveau rapport d'allégeance, « par laquelle une partie se place dans l'aire d'exercice du pouvoir d'une autre »¹⁹²⁸. Bien qu'il tente de respecter, au moins formellement, les principes de liberté et d'égalité, le contrat de franchise est avant tout perçu comme un contrat déséquilibré¹⁹²⁹. Ce n'est donc pas pour rien qu'il a été l'objet de joutes doctrinales virulentes entre les « faucons » et les « colombes »¹⁹³⁰, à savoir les tenants de la théorie classique du contrat et les défenseurs du solidarisme contractuel, à propos de la qualification qu'il pouvait se voir revêtir. Quant à la jurisprudence, la décision du Tribunal de Grande Instance de Carcassonne est révélatrice de l'importance du critère du déséquilibre des forces. En effet, pour qualifier le contrat de franchise de contrat d'adhésion, le Tribunal statue de la façon suivante : « Attendu que l'obligation légale précontractuelle de renseignements, mise en place par la loi du 31 décembre 1989 (loi Doubin) et par son décret d'application en date du 4 avril 1991, a pour but de lutter contre tout abus d'une position de force caractérisée notamment dans les contrats d'adhésion, comme le contrat de franchise de l'espèce, par une absence réelle de négociation ... »¹⁹³¹.

Cependant, il est nécessaire de nuancer la portée de ce critère dans les contrats de dépendance, en général. En ce sens, Madame Amiel-Cosme distingue « l'égalité de droit » et « l'inégalité de pouvoir ». Selon elle, même si l'égalité de droit n'est certes pas parfaite, elle existe bel et bien entre deux professionnels concluant un contrat de distribution. Cette égalité juridique réside dans l'équivalence de leur statut et dans leur indépendance qu'ils conservent tout au long de la relation¹⁹³². Ceci dit, il existe effectivement une inégalité de pouvoirs mais qui s'explique au regard du mécanisme d'intégration au réseau¹⁹³³. En effet, la domination économique du franchiseur sur son franchisé est nécessaire au processus d'intégration. En ce sens, le franchiseur trouvera son intérêt dans un processus

¹⁹²⁶ AMIEL-COSME (L.). *Les réseaux de distribution*, *op. cit.*, p. 183, n° 202. V. part. RIERA (A.). *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 24, n° 25.

¹⁹²⁷ DISSAUX (N.). « Franchise », *op. cit.*, n° 7.

¹⁹²⁸ SUPIOT (A.). « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, mai 2001, n° 43, p. 58.

¹⁹²⁹ SUPIOT (A.). « La contractualisation de la société », *art. préc.*, p. 58.

¹⁹³⁰ MAZEAUD (D.). « Rapport de synthèse », in *La Franchise : questions sensibles*, *Lamy affaires*, juill. 2012 (suppl.), n° 73, p. 57, n° 8.

¹⁹³¹ T.G.I de Carcassonne, 2 mai 2002, n° [XTGIC020502X].

¹⁹³² AMIEL-COSME (L.). *Les réseaux de distribution*, *op. cit.*, p. 186, n° 205.

¹⁹³³ *Ibid.*, p. 186, n° 206.

de formation du contrat reposant sur l'adhésion, donc la soumission, du franchisé aux termes du contrat. L'adhésion devient alors un mal nécessaire pour parfaire l'intégration du franchisé au réseau et garantir l'uniformité de ce dernier. Reste que l'adhésion entraînant un abus nuisible à la relation contractuelle doit être tempérée et encadrée.

326. Même si la définition du contrat d'adhésion ne va pas être des plus aisées à manipuler, une étude détaillée de ses éléments permet de dessiner les premières pistes de mise en application de l'article 1110, alinéa 2 du Code civil. Ces pistes peuvent être éclairées grâce à l'expérience québécoise de l'article 1379 du Code civil du Québec, qui peut également offrir de nouvelles pistes de réflexion. Le travail comparatif normatif que nous allons proposer pourra offrir une meilleure compréhension de la définition française du contrat d'adhésion et tendre, peut-être, à une application optimale de l'article 1110, alinéa 2 du Code civil.

§ 2 : L'application des critères de définition du contrat d'adhésion en droit québécois

327. Comme en droit français, la définition québécoise reprend les deux critères essentiels du contrat d'adhésion : la détermination unilatérale des termes du contrat ainsi que l'impossible négociation. Ces deux premiers critères sont admis de tous et font désormais l'objet d'une interprétation uniforme et d'une appréciation continue par la doctrine et la jurisprudence (**A.**). Quant au critère du déséquilibre des forces, et contrairement au droit français, il ne semble pas toujours faire l'unanimité en droit québécois (**B.**).

A. La consolidation de l'appréciation de la détermination unilatérale et de l'impossible négociation

328. Contrairement à l'évaluation de l'impossibilité pratique, pour l'adhérent, de négocier les termes du contrat qui est déterminante (**2.**), le critère de la détermination unilatérale du contenu du contrat par le stipulant fait l'objet d'une appréciation secondaire par la doctrine et la jurisprudence québécoises (**1.**).

1. Le caractère secondaire de la détermination unilatérale du contenu du contrat

329. L'ambiguïté syntaxique de l'article 1379. L'article 1379 du Code civil du Québec dispose que : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ». Tout d'abord, il faut souligner que l'expression « stipulations essentielles » a soulevé quelques interrogations, surtout lorsque le régime du contrat d'adhésion cherche à sanctionner les abus nichés dans les secondaires ou périphériques : faut-il l'entendre dans le sens « clauses principales du contrat » ou « essentiel des stipulations du contrat », clauses principales et secondaires confondues ? Le professeur Popovici retient l'interprétation suivante, à laquelle nous nous joignons : les stipulations essentielles sont toutes les clauses nécessaires à la survie du contrat, qu'elles soient principales ou secondaires¹⁹³⁴. Ensuite, contrairement à la formulation française, le législateur québécois a fait le choix de poser deux hypothèses. Premièrement, un contrat serait susceptible d'être qualifié d'adhésion dès lors que ses termes ont été imposés par l'une des parties à l'autre sans que la première soit forcément à l'origine de leur rédaction. Deuxièmement, il pourra recevoir cette qualification dès lors que ses stipulations auront été, cette fois-ci, unilatéralement rédigées par l'une des parties ou, le cas échéant, suivant ses instructions. La conjonction « ou » de l'article 1379 souligne le caractère alternatif de ces deux hypothèses¹⁹³⁵. Cependant, leur preuve ne suffit pas à asseoir la qualification de contrat d'adhésion. Encore faut-il, comme le précise la phrase finale de l'article 1379, que les stipulations ne puissent avoir été librement discutées. La formulation prise dans son entier recèle une ambiguïté. L'expression « et qu'elles ne pouvaient être librement discutées » s'applique-t-elle aux deux hypothèses ou seulement au cas de la rédaction unilatérale ? Selon le professeur Moore, elle renverrait aux deux hypothèses, c'est-à-dire au contenu contractuel imposé par l'une des parties et au contrat unilatéralement rédigé par cette dernière¹⁹³⁶. La syntaxe de l'article 1379 permet cette lecture puisqu'elle semble englober les deux cas de figure. Qui plus est, dans ses commentaires de l'article

¹⁹³⁴ **POPOVICI (A.)**. « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », in *Le franchisage, Conférence Meredith Lectures*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 139.

¹⁹³⁵ **MOORE (B.)**. « A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », *R.J.T., art. préc.*, p. 206.

¹⁹³⁶ *Ibid.*

1379, le ministre de la Justice ne donne pas plus de précisions, indiquant simplement que la qualification du contrat d'adhésion repose sur l'imposition des stipulations essentielles et l'impossibilité de les discuter librement¹⁹³⁷.

340. *La distinction entre imposition et rédaction unilatérale.* Malgré cette lecture, nous pouvons penser que l'expression « et qu'elles ne pouvaient être librement discutées » s'applique uniquement au cas de la rédaction unilatérale. En ce sens, nous nous joignons au point de vue de la professeure Charpentier. Selon elle, « la définition s'appuie sur deux idées qui ne se situent pas dans la même perspective. La première hypothèse, “les stipulations essentielles ont été imposées”, est liée au pouvoir de la volonté de l'adhérent, tandis que la seconde, “les stipulations essentielles qu'il comporte ont été rédigées”, est liée à la forme du contrat, plus précisément à l'auteur du contrat écrit »¹⁹³⁸. Partant, le premier cas de figure met d'ores et déjà en avant l'impossible discussion puisque l'imposition suppose d'emblée que le pouvoir de l'adhérent est extrêmement réduit¹⁹³⁹. Il n'est pas nécessaire de prouver que les stipulations « ne pouvaient être librement discutées » « étant donné que les stipulations essentielles d'un contrat imposé ne sont logiquement pas susceptibles de libres discussions »¹⁹⁴⁰. En revanche, le second cas ne présume en rien l'impossible négociation. Même si le contrat a été unilatéralement rédigé par l'une des parties, cela n'empêche nullement sa négociation. C'est la position retenue par la Cour d'appel du Québec qui soutient que : « ce qui caractérise le contrat d'adhésion ce n'est pas tant le fait que sa rédaction ait été faite par l'une des parties, mais plutôt que ses stipulations essentielles ne pouvaient être librement discutées ; en d'autres mots, que ces stipulations aient été imposées par cette partie à l'autre »¹⁹⁴¹. En conséquence, « l'origine de la rédaction ne saurait à elle seule amener à conclure à l'existence d'un contrat d'adhésion »¹⁹⁴². Encore faut-il que son contenu n'ait pu être librement discuté.

¹⁹³⁷ *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, le Code civil du Québec*, Québec : Les publications du Québec, 1993, p. 837.

¹⁹³⁸ **CHARPENTIER (E.)**. « La notion de contrat d'adhésion et l'article 1379 du Code civil du Québec », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises, op. cit.*, p. 80.

¹⁹³⁹ *Ibid.*

¹⁹⁴⁰ **CHARPENTIER (E.)**. « La notion de contrat d'adhésion et l'article 1379 du Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 81.

¹⁹⁴¹ *Organon Canada Ltée c. Trempe*, 2002 CanLII 41261 (QC C.A.), j. Dalphond, § 17.

¹⁹⁴² **LEFEBVRE (B.)**. « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Etudes offertes à Philippe Malinvaud*, Paris : Litec, 2007, p. 384.

Dès lors, l'on peut se demander pourquoi le législateur québécois a opéré une distinction entre l'imposition et la rédaction unilatérale ? En effet, les deux hypothèses semblent se recouper. L'on peut suggérer que le législateur québécois avait probablement en tête le cas du contrat-type. Comme en droit français, le droit québécois distingue le contrat d'adhésion du contrat-type qui n'est que le « squelette » du contrat d'adhésion¹⁹⁴³. Ainsi, la rédaction unilatérale peut se traduire par l'élaboration d'une telle formule de contrat. Or, cette dernière peut faire l'objet d'une négociation alors que le contrat d'adhésion ne le permet pas¹⁹⁴⁴. C'est en ce sens que s'est prononcé le juge Journet dans l'affaire *M.G.B. Auto*¹⁹⁴⁵ en faisant une nette distinction entre le contrat-type et le contrat d'adhésion. Dans cette affaire, qui posait principalement la question de la vente de la chose d'autrui, il était subsidiairement question de la conclusion de contrats de concession automobile auxquels la partie en demande avait adhéré. Pour voir être déclarée abusive la clause d'exclusion de garantie insérée dans ces contrats, M.G.B. Auto défend la qualification de ces contrats-types en contrat d'adhésion. Le juge Journet décide alors la chose suivante : « Le Tribunal partage l'opinion du professeur Jean Pineau à l'effet qu'un contrat type n'est pas nécessairement un contrat d'adhésion, même si la place réservée à la volonté des parties peut être très restreinte. Il peut toujours y avoir certaines modifications faites au contrat type surtout lorsque les parties sont de force égale »¹⁹⁴⁶. *A contrario*, « le critère de reconnaissance du contrat d'adhésion résidera dans la possibilité de l'une des parties d'imposer ses volontés à l'autre en regard de sa position de force, empêchant l'autre de négocier quoique ce soit ». Cette jurisprudence est continue et sera notamment reprise dans la décision *Place Laurier*¹⁹⁴⁷ qui concerne un bail commercial. Dans cette affaire, le juge Blanchet estime que le « bail-type commercial » ne rime pas forcément avec « contrat d'adhésion » puisqu'en général, le locataire peut en négocier les termes, ou purement et simplement contracter avec quelqu'un d'autre¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴³ **CHARPENTIER (E.)**. « La notion de contrat d'adhésion et l'article 1379 du Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 81.

¹⁹⁴⁴ **PINEAU (J.)**. « Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », in *Développements récents en droit commercial*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1996, p. 11.

¹⁹⁴⁵ *M.G.B. auto inc. c. Trois Diamants autos (1987) Ltée*, 1997 CanLII 9097 (QC C.S.), j. Journet, § 44 et s., spéc. § 46.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁹⁴⁷ *Société de gestion Place Laurier inc. c. Beaulieu*, 1999 CanLII 12190 (QC C.S.), j. Blanchet.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*, § 38.

2. L'appréciation *in concreto* de l'impossible négociation

341. Le négatif du contrat de gré à gré. L'article 1379, alinéa 1^{er} du Code civil du Québec, en disposant que : « elles [les stipulations essentielles] ne pouvaient être librement discutées », met l'accent sur l'absence de pouvoir, donc de faculté, pour l'une des parties de librement discuter des termes du contrat. Partant, l'impossible négociation est la « véritable clé de voûte »¹⁹⁴⁹ de la notion. Ce critère déterminant du contrat d'adhésion est d'autant plus mis en avant par la définition du contrat de gré à gré. Dans une phrase très laconique, l'alinéa 2 de l'article 1379 définit le contrat de gré à gré de la façon suivante : « Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré ». Cette formulation d'une simplicité percutante met en lumière l'impossible négociation du contrat d'adhésion car, finalement, là où il y a un pouvoir de négocier, il y a un contrat de gré à gré. Comme en France, le contrat d'adhésion se présente comme le négatif du contrat de gré à gré.

Cette impossibilité s'apprécie concrètement, c'est-à-dire que l'adhérent n'aura matériellement pas eu la possibilité de négocier les termes du contrat. C'est ce qu'affirme le juge Rousseau-Houle dans l'affaire *Janin*. Cette dernière opposait la Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie et l'entreprise de construction Janin entre qui fut conclu un contrat d'entreprise pour la réalisation de travaux permettant l'interception des eaux usées de cinq municipalités. L'entreprise Janin fit le choix d'une construction d'infrastructures en tunnel. Or, cette option entraîna des difficultés dans la réalisation des travaux, ainsi que des retards de livraison, en raison des conditions de sol et de roc imprévues. Il faut noter que le contrat d'entreprise conclu entre les deux parties était un contrat à forfait relatif, c'est-à-dire que ce dernier contenait une clause permettant la révision du prix dans l'hypothèse où le constructeur devait rencontrer des difficultés particulières et imprévues durant la réalisation des travaux. L'entreprise Janin voulut faire jouer cette clause. Or, le juge de la Cour supérieure du Québec déclara cette clause inapplicable car elle était exorbitante de tout devoir contractuel de la Régie¹⁹⁵⁰. En adoptant cette motivation, le juge québécois souleva la question de la qualification du contrat d'entreprise et de l'éventuelle application du régime du contrat d'adhésion, et plus

¹⁹⁴⁹ MOORE (B.). « Le contrat d'adhésion en droit québécois », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 125.

¹⁹⁵⁰ Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) liée, 1999 CanLII 13754 (QC C.A.), j. Rousseau-Houle, p. 39.

particulièrement de l'article 1437 qui sanctionne les clauses abusives. La juge Rousseau-Houle estime, en appel, que : « Ce qui distingue essentiellement le contrat d'adhésion du contrat par négociation, c'est la détermination unilatérale par l'une des parties ou par un tiers du contenu contractuel. L'autre partie perd la faculté de libre négociation des conditions de son engagement en se voyant imposer d'avance les éléments essentiels du contrat et en ne gardant que le choix parfois purement théorique de contracter ou de ne pas contracter. Le législateur québécois, à l'article 1379 C.c.Q., a retenu cette spécificité qui implique non point l'absence volontaire de négociation mais plutôt l'absence de la faculté de négocier librement les stipulations essentielles du contrat »¹⁹⁵¹. La juge Rousseau-Houle décide alors de qualifier le contrat conclu au cas d'espèce de contrat d'adhésion puisque ce dernier répond aux critères repris dans la définition de l'article 1379 du Code civil du Québec¹⁹⁵². Selon elle, les juges doivent désormais respecter la volonté du législateur si bien que la qualification d'un contrat en contrat d'adhésion ne soit plus être laissée à la discrétion de la jurisprudence »¹⁹⁵³. En statuant ainsi, elle renverse la jurisprudence de la Cour d'appel qui avait précédemment refusé la qualification de contrat d'adhésion à des contrats de construction et d'entreprise¹⁹⁵⁴. Finalement, et comme l'a résumé l'honorable Moore : « le contrat d'adhésion l'est, non pas parce qu'il n'a pas été négocié, mais bien parce qu'il n'a pas pu l'être ou qu'il ne pouvait pas l'être »¹⁹⁵⁵.

342. Le faisceau d'indices de l'impossible négociation. Comment se traduit concrètement cette impossibilité matérielle de négocier les termes du contrat ? Les tribunaux sont invités à opter pour une appréciation *in concreto* de l'impossible négociation¹⁹⁵⁶. Pour ce faire, ils peuvent s'appuyer sur un faisceau d'indices comprenant la marge de manœuvre de négociation, la rapidité de conclusion du contrat, la qualité des parties, à savoir, entre autres, la prise en compte de l'âge, ou encore du niveau d'éducation, le degré d'alternative et l'existence, ou non, d'un monopole¹⁹⁵⁷. Partant, outre la détermination unilatérale, les juges québécois apprécient les circonstances particulières qui

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁹⁵² *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, arrêt préc., p. 43.

¹⁹⁵³ *Ibid.*, p. 42.

¹⁹⁵⁴ *H. Cardinal construction Inc c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, arrêt préc. note n° 1851, § 28 ; *Montréal (Communauté urbaine) c. Ciment indépendant inc.*, 1988 CanLII 897 (QC C.A.), j. Nichols (v. *infra* n° 345).

¹⁹⁵⁵ **MOORE (B.)**. « Le contrat d'adhésion en droit québécois », *art. préc.*, p. 125.

¹⁹⁵⁶ **MOORE (B.)**. « A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », *art. préc.*, p. 207.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*

ont entouré la conclusion du contrat et évaluent le rapport de puissance qui permettrait à l'une des parties d'imposer les termes du contrat¹⁹⁵⁸. Dès l'instant où une négociation s'est avérée être possible et que les parties ont discuté des éléments essentiels du contrat, et pas seulement la chose et le prix¹⁹⁵⁹, le contrat ne recevra pas la qualification de contrat d'adhésion¹⁹⁶⁰.

343. Pour une interprétation large de l'article 1379. L'exemple du contrat de franchise québécois a interrogé quant à l'interprétation à donner à l'article 1379, notamment quant au verbe « discuter » employé par le législateur. Entre une interprétation large supposant une réelle négociation – donc une modification – des termes du contrat et une interprétation restrictive, ou dite « évolutive », qui entend par « discussion des termes du contrat » le simple fait de poser des questions¹⁹⁶¹, la qualification du contrat de franchise est rendue d'autant plus difficile à déterminer¹⁹⁶². La doctrine et la jurisprudence se sont finalement rangées à l'interprétation large de l'article 1379¹⁹⁶³. Un contrat de franchise sera qualifié de contrat d'adhésion dès l'instant où il y a une impossibilité de négocier, donc de modifier¹⁹⁶⁴,

¹⁹⁵⁸ V. par ex. : *Québec (Commission des normes du travail) c. Camions international Elite Ltée*, 2000 CanLII 18388 (QC C.Q.), j. Bossé ; *Copyfax inc. c. Lambert*, 2000 CanLII 18166 (QC C.S.), j. Halperin, § 34 ; *Organon Canada Ltée c. Trempe*, 2002 CanLII 41261 (QC C.A.), j. Dalphond (§17) ; *Développements TGB inc. c. Mercure*, 2008 CanLII 864 (QC C.S.), j. Nantel (§ 49 à 52).

¹⁹⁵⁹ **LEFEBVRE (B.)**. « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », *art. préc.*, p. 388.

¹⁹⁶⁰ *Boutique Jacob inc. c. Place Bonaventure inc.*, 1995 n° 500-05-002035, (J.E. 95-1040) (QC C.S.), j. Hurtubise (p. 16).

¹⁹⁶¹ Il s'agit ici des deux écoles québécoises qui s'opposent quant à l'interprétation à donner à l'article 1379. La première a été fondée par le professeur Popovici (**POPOVICI (A.)**). « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 139) tandis que la seconde a été proposée par M^e Gagnon qui estime que « dans la mesure où un franchisé a fait appel aux services d'un professionnel qualifié afin d'étudier pour lui les droits et obligations découlant de la convention de franchise et qu'il a aussi questionné le franchiseur et discuté avec lui des aspects du contrat qui lui apparaissent insatisfaisants, l'on pourrait prétendre qu'il a librement discuté du contrat et ce, même si les stipulations essentielles n'ont pas pour autant été modifiées » (**GAGNON (J. H.)**). *La franchise au Québec*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2003, p. 228.38).

¹⁹⁶² Si la définition du contrat de franchise fait l'unanimité (**SYLVESTRE (C.)**). « Le contrat de franchise », in *Droit spécialisé des contrats, vol. 2 : les contrats relatifs à l'entreprise*, LAMONTAGNE (D.-C.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1999, p. 276, n° 23), la question de sa qualification sème la discorde. Parfois, la qualification du contrat de franchise en contrat d'adhésion semble découler d'une déduction logique, presque naturelle, voire indiscutable : « Selon toute vraisemblance, le contrat de franchise s'avère être un contrat d'adhésion » (**MATHIEU (P.-A.)**). *La nature juridique du contrat de franchise*, préf. CIOTOLA (P.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1989, p. 19-20). Il arrive même que les juges qualifient un contrat de franchise de contrat d'adhésion sans argumenter leur décision (*161324 Canada inc. c. Donini Restaurant inc.* (AZ-98026409 (C.S.)), v. **GILBERT (F. P.)**). *Le droit de la franchise au Québec, op. cit.*, p. 26). S'ils n'argumentent pas leur décision, ils laissent planer le doute quant à la qualification du contrat de franchise. Ainsi, il leur est arrivé de soutenir que le contrat de franchise, « c'est aussi, parfois, un contrat d'adhésion [...] » (*Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G.*, 1997 CanLII 10209 (QC C.A.), p. 23). De son côté, la *common law*, pour contourner la difficulté, a trouvé la parade en qualifiant le contrat de franchise de contrat *sui generis* (**MATHIEU (P.-A.)**). *Ibid.*, p. 85).

¹⁹⁶³ *Contra v. ALBERTS (J.)*. *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple de régulation juridique hybride*, mémoire de L'Université Laval, 1997, 172 p. : l'auteur rejoint le point de vue de M^e Gagnon.

¹⁹⁶⁴ Sur cette question, la traduction anglaise de l'article 1379 est particulièrement éclairante et fait pencher la balance en faveur de l'interprétation large de ladite disposition. En effet, la version anglaise traduit l'expression « et qu'elles ne

les termes du contrat unilatéralement déterminés par le franchiseur. Partant, dès lors que des clauses-types ne sont pas ouvertes à la négociation¹⁹⁶⁵, que le contenu du contrat a été imposé car impossible à négocier¹⁹⁶⁶ ou encore, que les demandes particulières du franchisé ont fait l'objet d'un contrat à part entière¹⁹⁶⁷, le contrat de franchise sera qualifié de contrat d'adhésion. Par contre, s'il y a pu y avoir une négociation des termes du contrat, le contrat de franchise échappera à la qualification de contrat d'adhésion¹⁹⁶⁸. Dans le cas où la preuve d'une impossible négociation n'aura pas été apportée par le franchisé demandeur, le contrat de franchise ne sera pas non plus qualifié de contrat d'adhésion¹⁹⁶⁹. Une telle application de l'article 1379 du Code civil du Québec au contrat de franchise est transposable à n'importe quel autre contrat non seulement conclu entre professionnels, mais aussi entre un professionnel et un particulier ou encore, entre deux particuliers. Il ne suffit pas simplement de poser des questions sur le contenu du contrat ou de demander conseil auprès d'un professionnel du droit sur une clause que l'on n'aurait pas comprise pour échapper à la qualification de contrat d'adhésion. Encore faut-il qu'il y ait eu une réelle discussion, et le cas échéant une modification, des termes du contrat entre les deux parties.

344. De cette appréciation *in concreto*, ressort un indice qui n'a pas été repris *in extenso* par le législateur québécois comme critère de définition du contrat d'adhésion : le déséquilibre des forces en présence. Si ce critère fait consensus en droit français, qu'en est-il en droit

pouvaient être librement discutées » comme « the essential stipulations were not negotiable ». C'est bien le verbe « to negotiate » qui a été retenu et non le verbe « to discuss », les deux ayant une signification bien distincte.

¹⁹⁶⁵ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G.*, 1997 CanLII 10209 (QC C.A.), p. 23.

¹⁹⁶⁶ *Lebel c. Pharmacentres Cumberland (Merivale) Ltée*, 1999 CanLII 11396 (QC C.S.), j. Dufresne, § 52 ; *Absan v. Second Cup LTD*, 2003 CanLII 10600 (QC C.A.), j. Dalphond, § 22 : « The trial judge pointed out that the franchise agreement is the respondent's standard agreement, non negotiable, signed by all the franchisees. Therefore, it is a contract of adhesion (art. 1379 C.C.Q.) ».

¹⁹⁶⁷ *Bel-Gaufre inc. c. 159174 Canada inc.*, J.E. 95-1448 (C.S.), v. **SYLVESTRE (C.)**. « Le contrat de franchise », *art. préc.*, p. 278, n° 28.

¹⁹⁶⁸ *Voncorp inc. c. 147013 Canada inc.*, 1997 CanLII 9196 (QC C.S.), j. Chaput : le juge, pour caractériser la négociation effective, relève qu'une discussion paragraphe par paragraphe a eu lieu (§ 7), que certaines clauses ont été biffées (§ 8) et que le contrat présente des ratures et des ajours tous faits à la demande du franchisé (§ 62) ; *Gestion Jeroden inc. c. Choice Hotels Canada inc.*, 2000 CanLII 19079 (QC C.S.), j. Bédard : le juge relève que les éléments essentiels du contrat de franchise ont pu faire l'objet d'une négociation (§ 40 et s.).

Cela vaut également pour une négociation collective, comme le démontre l'affaire *Canadian Tire (Martineau c. Société Canadian Tire Ltée)*, 2008 QC C.S. 4913 (CanLII), j. Baker, § 55-57 ; 2011 QC C.A. 2198 (CanLII), j. Gagnon, § 32 et 38), dans laquelle le contrat de franchise avait fait l'objet de négociations intensives par l'Association de marchands franchisés de la société Canadian Tire. Ainsi, même si le contrat n'a pas été négocié individuellement avec le franchisé, il ne souffrira pas la qualification de contrat d'adhésion.

¹⁹⁶⁹ *Centre du camion Gamache inc. c. Bolduc*, 2000 CanLII 9581 (QC C.Q.), j. Laverge, p. 17 ; *9069-7384 Québec inc. c. Superclub Vidéotron Ltée*, 2004 CanLII 32216 (QC C.S.). V. égal. *Distribution Stéréo Plus inc. c. 140 Gréber Holding inc.*, 2012 QC C.S. 33 (CanLII), j. Gouin, § 44 ; *Asselin c. Groupe Pétrolier Olco ULC inc.*, 2014 QC C.Q. 2733 (CanLII), j. Coderre, § 55-56.

québécois ? Que peuvent nous apprendre la doctrine et la jurisprudence québécoises sur la pertinence de ce critère ? Comment l'ont-ils appréhendé ?

B. Le débat concernant le critère du déséquilibre des forces

345. Divergences jurisprudentielles. Comme nous l'avons vu précédemment, certains juges québécois, tant ceux de la Cour du Québec que de la Cour supérieure, pour retenir la qualification de contrat d'adhésion, ne vont pas hésiter à tenir compte de la situation dans laquelle se trouve chacune des parties en appréciant, notamment, leur force respective. Une attitude qui sera suivie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Garcia*¹⁹⁷⁰ qui opposait un débiteur à son prêteur, au soutien duquel est venu son fiduciaire. Le prêt était garanti par une hypothèque sur trois lots. Malheureusement, l'emprunteur n'honora pas ses paiements si bien que son créancier et son fiduciaire firent une saisine sur les lots hypothéqués. Une entente fut alors conclue entre les parties pour aménager la vente des lots en question. La question de la qualification de ce contrat se posa. Sur ce point, la juge L'Heureux-Dubé affirme que : « l'inégalité des contractants signifie que certaines parties ne sont pas en mesure de négocier des conditions favorables et se voient parfois forcées d'accepter les conditions que dicte la contrepartie forte, s'exposant ainsi, en cas de défaut, à des pénalités d'une sévérité excessive »¹⁹⁷¹. Dès lors, la possibilité ou l'impossibilité de négocier le contrat peuvent être appréciées à travers le prisme du déséquilibre des forces. Certains juges en font même le critère de reconnaissance du contrat d'adhésion comme le juge Journet dans l'affaire *M.G.B. Auto*. Selon lui, « le critère de reconnaissance du contrat d'adhésion résidera dans la possibilité pour l'une des parties d'imposer ses volontés à l'autre en regard de sa position de force, empêchant l'autre de négocier quoique ce soit »¹⁹⁷². Il en va de même du juge Halperin qui conclut à la qualification d'un contrat de travail en contrat d'adhésion en raison « de l'inégalité majeure des pouvoirs de négociation des deux signataires »¹⁹⁷³. Un contrat de franchise a également pu se voir être qualifié de contrat d'adhésion dès l'instant où le juge a relevé l'existence d'un déséquilibre des forces¹⁹⁷⁴.

¹⁹⁷⁰ *Garcia Transport Ltée c. Compagnie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 1992 CanLII 70 (C.S.C.), j. L'Heureux-Dubé.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 521.

¹⁹⁷² *M.G.B. Auto inc. c. Trois Diamants autos (1987) Ltée*, 1997 CanLII 9097 (QC C.S.), j. Journet, § 48.

¹⁹⁷³ *Copyfax inc. c. Lambert*, 2000 CanLII 18166 (QC C.S.), j. Halperin, § 34 : « major inequality of the bargaining positions of the two signataires ».

¹⁹⁷⁴ *Simard c. Provi-Soir inc.*, 1993 CanLII 3504 (QC C.A.), § 5 : « Le franchisage, dans son essence, est un contrat qui relève du droit des affaires et non du droit du travail ou du droit de la consommation. Il est vrai que dans le cas des chaînes importantes, telle la chaîne Provi-Soir, le franchiseur occupe une position de force par rapport au franchisé de

Ce dernier s'apprécie à l'aune du comportement des parties, du contexte de conclusion du contrat de franchise ou encore des échanges qui ont pu être tenus entre le franchiseur et son futur franchisé¹⁹⁷⁵. En revanche, si les deux parties au contrat se trouvent sur un même pied d'égalité et ont toutes deux la possibilité et le pouvoir de négocier les termes du contrat, ce dernier échappera à la qualification de contrat d'adhésion¹⁹⁷⁶. Cette solution vaut également dans le cas où l'une des parties s'immisce dans le contenu du contrat au cours de l'exécution de ce dernier pour en changer certains termes. Tant que ladite partie n'abuse pas de son pouvoir et veille au respect des droits et libertés de son cocontractant, le contrat ne sera pas requalifié en contrat d'adhésion¹⁹⁷⁷.

Cette position est loin de faire l'unanimité parmi les juges québécois qui, pour d'autres, ont décidé de ne pas tenir compte du déséquilibre des forces pour caractériser le contrat d'adhésion. L'une des premières oppositions fut soulevée par le juge Benoit dans la décision *Huel*¹⁹⁷⁸. Cherchant à qualifier un contrat d'adhésion conclu entre deux professionnels, le juge québécois estime que : « peu importe le statut des parties et leur pouvoir économique [...] », ce qui compte est de s'en tenir strictement aux critères de définition posés à l'article 1379 du Code civil du Québec¹⁹⁷⁹. Cette jurisprudence sera reprise et approfondie par la juge Rousseau-Houle dans l'affaire *Janin* que nous avons étudiée plus haut. Cette décision connaît un retentissement important aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine car elle a pour effet de cristalliser le débat concernant ce critère du déséquilibre des forces. La juge Rousseau-Houle part du constat suivant : « Peu à peu, on a substitué à la description traditionnelle du contrat d'adhésion qui mettait essentiellement en lumière le déséquilibre des contractants, une définition qui permet d'appliquer le contrat d'adhésion aussi bien aux situations où ce déséquilibre existe qu'à celles qui mettent en cause des relations économiques entre partenaires de force

sorte que le contrat de franchise devient souvent un contrat d'adhésion. A cet égard, il pourrait arriver, en droit civil québécois tout comme dans les juridictions de "common law", que les tribunaux restreignent les privilèges que s'était unilatéralement conférés le franchiseur en appliquant au contrat de franchise les règles d'interprétation des contrats favorables à l'adhérent ou encore recours à la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle si le franchiseur exerce ses droits de façon intempestive ».

¹⁹⁷⁵ V. par ex. *Entreprises MTY Tiki Ming inc. c. McDuff*, 2008 (QC C.S.) 4898 (CanLII), j. Mayer, § 202 : pour établir la preuve de la qualification du contrat de franchise en contrat d'adhésion, le juge va apprécier les circonstances entourant la conclusion du contrat et le comportement des parties.

¹⁹⁷⁶ *Mousseau c. Société de gestion Paquin Ltée*, 1994 CanLII 3745 (QC C.S.), j. Guthrie, § 37 ; *Short (Holand Executive Leasing Rgd) c. Canpro Investments Ltd*, 2010 CanLII 3362 (QC C.S.), j. Mayer, § 103 et s.

¹⁹⁷⁷ *Montréal (Communauté urbaine) c. Ciment indépendant inc.*, 1988 CanLII 897 (QC C.A.), j. Nichols.

¹⁹⁷⁸ *Huel c. Decalomanie Beaver inc.*, 1997 CanLII 8152 (QC C.S.), j. Benoit.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, § 29.

comparable »¹⁹⁸⁰. En conséquence, selon elle, « ce qui distingue essentiellement le contrat d'adhésion du contrat par négociation, c'est la détermination unilatérale par l'une des parties ou par un tiers du contenu contractuel »¹⁹⁸¹. Partant, la juge affirme que « ce qui importe dorénavant c'est d'une part, la volonté du stipulant d'une application générale sans modification majeure des conditions essentielles du contrat et d'autre part, l'intention de l'adhérent de se soumettre, sans possibilité de discussions, aux termes et conditions stipulés »¹⁹⁸². La juge a donc fait le choix de ne pas retenir le critère du déséquilibre des forces. Cette solution sera critiquée dans la décision *Boulevard Dodge Chrysler* par la juge Hélène Le Bel qui avait à se prononcer sur un litige concernant un contrat de bail et de sous-bail commercial conclu entre un concessionnaire automobile, Boulevard Dodge Chrysler Jeep, qui vend les produits du manufacturier Daimler Chrysler, partie au litige, et M. Kreuzer, propriétaire du local commercial loué. Un premier contrat, le contrat de bail commercial, liait M. Kreuzer, le propriétaire, à Daimler Chrysler, le manufacturier. Un second contrat, celui de sous-location, liait le locataire (Daimler Chrysler) à Boulevard, le sous-locataire. Ce dernier supportait donc les obligations à charge de tout locataire. Or, des dégâts sur la toiture (qui se serait effondrée) vont survenir dans les années qui suivirent la conclusion de ce contrat. Une expertise fut diligentée et des réparations furent réalisées. Malheureusement, le sous-locataire subit des dommages pour lesquels il réclama le versement de dommages et intérêts auprès de son bailleur, le manufacturier Daimler Chrysler, sauf que ce dernier argua d'une clause exclusive de toute responsabilité du sous-bailleur insérée dans le contrat. La question qui se pose est donc celle de la validité de cette clause que le sous-locataire considère comme abusive au visa de l'article 1437 du Code civil du Québec¹⁹⁸³. Il estime, par conséquent, que le contrat de sous-location conclu doit recevoir la qualification de contrat d'adhésion. Cela est-il le cas lorsque ledit contrat est conclu entre des professionnels relativement puissants et connaisseurs du monde automobile ? La juge Le Bel répond par l'affirmative : « Selon la jurisprudence, il peut y avoir contrat d'adhésion même si les parties sont relativement égales mais, bien sûr, s'il y a

¹⁹⁸⁰ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, arrêt préc. note n° 1950, j. Rousseau-Houle, p. 41.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*

¹⁹⁸² *Ibid.*, p. 43.

¹⁹⁸³ Art. 1437 C.c.Q. : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. / Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; est abusive, notamment la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

une disproportion majeure, il faut se poser la question de savoir s'il s'agit d'un contrat d'adhésion. Essentiellement, il s'agit d'une question de fait »¹⁹⁸⁴. Et qui dit question de fait dit appréciation des circonstances entourant la conclusion du contrat. Bien que certaines parties occupent une position de force sur le marché, et que leur connaissance et leur expérience des affaires soient solides, cette position de force peut être toute relative lorsque lesdites parties se trouvent face à de grandes entreprises encore plus puissantes : « Oui, les actionnaires de Boulevard sont des gens d'expérience dans le domaine du commerce automobile, mais cela n'empêche pas qu'ils ont en face, un de ceux que l'on appelait autrefois "Les trois grands". C'est moins vrai aujourd'hui avec les transformations que subit le marché de l'automobile mais GM, Ford et Daimler Chrysler demeurent de très grosses entreprises ». Partant, il existera toujours un déséquilibre des forces, aussi minime soit-il. Néanmoins, la jurisprudence *Janin* trouvera tout de même un écho dans la décision *Développements T.G.B.* dans laquelle la juge Nantel estime que : « Peu importe le fait qu'il s'agisse d'un contrat-type ou qu'il existe des inégalités de force entre les parties, le point fondamental réside dans la recherche de la possibilité véritable des parties de négocier les éléments essentiels du contrat »¹⁹⁸⁵. Or, en l'espèce, la promesse d'achat rédigée sur un modèle proposée par l'Association provinciale des constructeurs d'habitation du Québec et conclue entre deux particuliers et une société de construction et de développement immobilier ne constitue pas un contrat d'adhésion tant que les particuliers n'apportent pas la preuve qu'ils étaient dans l'impossibilité de négocier les clauses du contrat. C'est ainsi que la juge Nantel motive sa décision : « Il appartient à madame Mercure et à monsieur Chotem de prouver, non pas qu'ils ont négocié, mais plutôt qu'il ne pouvait le faire vu l'attitude fermée de TGB. Cette preuve est inexistante en l'instance »¹⁹⁸⁶.

346. Un critère indispensable ? La jurisprudence *Janin* a le mérite d'interroger quant à savoir « s'il est nécessaire d'établir l'existence d'un déséquilibre entre les parties », surtout lorsque l'on sait désormais qu'un contrat d'adhésion peut être conclu entre deux parties de forces égales. « L'intérêt de la notion de contrat d'adhésion, si on le compare au contrat de consommation, se fonde sur sa neutralité en lien avec la qualité des parties. Un contrat peut être d'adhésion même s'il n'intervient pas entre un consommateur et un professionnel.

¹⁹⁸⁴ *Boulevard Dodge Chrysler c. Daimler Chrysler Canada inc.*, 2007 CanLII 2428 (QC C.S.), juge LeBel, § 23-24.

¹⁹⁸⁵ *Développements T.G.B. inc. c. Mercure*, 2008 CanLII 864 (QC C.S.), j. Nantel, § 49.

¹⁹⁸⁶ *Développements T.G.B. inc. c. Mercure*, arrêt préc., § 52.

C'est dire qu'il peut y avoir un contrat d'adhésion entre deux commerçants ou entre deux particuliers »¹⁹⁸⁷. Partant, le déséquilibre des forces ne constituerait pas un critère opportun : « si ce critère est sans nul doute utile, la doctrine se divise quant à sa suffisance [...] »¹⁹⁸⁸.

Cette affirmation est d'autant plus vraie lorsque l'on prend l'exemple du contrat de franchise. Parfois, le déséquilibre s'explique et ne suffit pas forcément à étayer la qualification d'un contrat de franchise en contrat d'adhésion. Même si la majorité des contrats de franchise le sont, leur qualification en contrat d'adhésion ne doit pas pour autant être automatique¹⁹⁸⁹. Comme l'a souligné le juge Silcoff dans le jugement *Vidéotron*, chaque contrat de franchise est unique¹⁹⁹⁰. Chaque contrat de franchise s'inscrit dans un contexte particulier et dans un réseau de relations spécifiques. Le franchiseur se doit de maintenir une certaine uniformité au sein dudit réseau et traiter ses franchisés de façon équitable¹⁹⁹¹. Or, cela implique souvent l'imposition d'un contrat aux termes non négociables pour éviter, justement, une rupture d'égalité entre les franchisés et veiller à la sécurité de son réseau. L'adhésion se révèle donc être un mode de formation tout à fait efficace et judicieux. « Loin d'envisager l'adhésion en termes conflictuels et antagonistes, l'acte de franchise se fonde sur une approche plus coopérative » si bien que le déséquilibre inhérent au contrat de franchise n'est pas un « mal en soi » mais un « mal nécessaire » au bon fonctionnement du réseau¹⁹⁹². Mme Bras Miranda propose même de rejeter la qualification de contrat d'adhésion pour retenir celle de « contrat de réseau », l'essence du contrat de franchise étant justement la mise en place et la conservation dudit réseau¹⁹⁹³.

347. Un critère déterminant. Reste que la jurisprudence *Janin* a fait l'objet de vives critiques en doctrine. Le professeur Lemieux, tout en reconnaissant les circonstances

¹⁹⁸⁷ **MOORE (B.)**. « Le contrat d'adhésion en droit québécois », *art. préc.*, p. 125.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁹⁸⁹ **GAGNON (J. H.)**. *La franchise au Québec, op. cit.*, p. 228.39 ; v. égal. **ALBERTS (J.)**. *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride, op. cit.* ; **TEASDALE (S.)**. « Franchise 101 », in *Développements récents en droit de la franchise et des groupements*, Formation continue du Barreau du Québec, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2008, p. 85.

¹⁹⁹⁰ 9069-7384 *Québec inc. c. Superclub Vidéotron Ltée*, 2004 CanLII 32216 (QC C.S.), j. Silcoff, § 104.

¹⁹⁹¹ **GAGNON (J. H.)**. *La franchise au Québec, op. cit.*, p. 132-133 ; **BRAS MIRANDA (G.)**. « Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois », *art. préc.*, p. 853.

¹⁹⁹² **MRABET (Z.)**. « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et du droit international uniforme », *art. préc.*, p. 440.

¹⁹⁹³ **BRAS MIRANDA (G.)**. *Ibid.*

particulières de l'espèce¹⁹⁹⁴, s'étonne de la position de la juge Rousseau-Houle : « Premièrement, comment la reconnaissance du contrat d'adhésion peut-elle s'appuyer sur le fait que les stipulations essentielles du contrat ont été imposées par la partie en position de force tout en écartant toute considération du rapport inégal des forces entre les parties ? »¹⁹⁹⁵. Aussi, l'auteur s'interroge : comment concilier l'approche du législateur québécois, qui souhaitait rétablir un équilibre contractuel perdu entre des parties de force inégale, et la prise de position de la jurisprudence *Janin* ?¹⁹⁹⁶ « Un objectif semblable ne saurait être atteint si l'appréciation du tribunal concernant la question du rapport de force entre les parties contractantes était écartée »¹⁹⁹⁷. Les professeurs Pineau et Gaudet se sont également interrogés sur la cohérence de la jurisprudence *Janin*. Pour reprendre les propos de la professeure Lefebvre : « les professeurs Pineau et Gaudet font remarquer, à juste titre, que si l'on retient comme critère du contrat d'adhésion que les stipulations du contrat soient imposées par l'un des contractants, ceci implique qu'il est en position de force. Or, si l'une des parties est en position de force, le rapport n'est-il pas nécessairement inégal entre elles ? »¹⁹⁹⁸.

L'ouvrage de droit des obligations des professeurs Pineau et Gaudet est d'ailleurs le seul à faire référence au déséquilibre des forces pour définir le contrat d'adhésion. Les auteurs le définissent comme suit : « il existe des contrats où il est impossible pour les parties d'en discuter les conditions, l'une étant en position de force, l'autre en position de faiblesse, ou ne peut qu'adhérer à la proposition, au contrat ou refuser d'adhérer »¹⁹⁹⁹. A l'inverse, le professeur Karim estime que l'absence de faculté de négocier librement les termes du contrat s'apprécie « indépendamment de l'existence ou non d'un déséquilibre des forces entre les parties »²⁰⁰⁰. Cependant, il nuance son propos en reconnaissant que : « toutefois, le contrat d'adhésion doit généralement refléter une relation contractuelle disproportionnée »²⁰⁰¹. Un tel revirement démontre bien que l'on ne peut occulter, en

¹⁹⁹⁴ L'arrêt a été rendu dans le domaine particulier des contrats de construction conclus entre une personne morale de droit public et une entreprise de construction.

¹⁹⁹⁵ **LEMIEUX (M.)**. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *C. de D.*, sept. 2001, vol. 42, n° 3, p. 865.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁹⁷ **LEMIEUX (M.)**. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 865.

¹⁹⁹⁸ **LEFEBVRE (B.)**. « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malimvand*, Paris : Litec, 2007, p. 381, note de bas de page n° 28.

¹⁹⁹⁹ **PINEAU (J.), GAUDET (S.)**. *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal : Ed. Thémis, 2001, p. 65, n° 24.2.

²⁰⁰⁰ **KARIM (V.)**. *Les obligations, vol. 1 : Articles 1371 à 1496*, 3^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2009, p. 162.

²⁰⁰¹ *Ibid.*

pratique, le critère du déséquilibre des forces. En effet, ce déséquilibre est inhérent au contrat d'adhésion. Même si le législateur québécois ne l'a pas repris textuellement à l'article 1379 du Code civil du Québec, le déséquilibre des forces est clairement sous-entendu. D'une part, la référence à l'imposition des stipulations essentielles renvoie au « pouvoir de volonté de l'adhérent » comme l'a souligné la professeure Charpentier²⁰⁰². D'autre part, la rédaction unilatérale sous-entend également une absence de pouvoir de l'adhérent puisque les stipulations unilatéralement rédigées « ne pouvaient être librement discutées ». L'on ne peut donc ignorer le critère du déséquilibre des forces qui est typique et déterminant du contrat d'adhésion. Il est même le préalable à la conclusion d'un contrat d'adhésion.

348. Même si les législateurs français et québécois ont tous deux fait le choix de ne pas insérer le critère du déséquilibre des forces dans la définition législative du contrat d'adhésion, reste que ce critère est inhérent à la notion. Les principales décisions québécoises que nous avons étudiées nous ont montré qu'il était tout à fait possible, voire même déterminant, de prendre en compte ce paramètre dans la qualification du contrat d'adhésion. Avec la détermination unilatérale du contenu du contenu du contrat et l'impossible négociation, il est l'une des manifestations les plus flagrantes de l'inégalité de pouvoirs. Ceci dit, le déséquilibre des forces ne présume en rien le déséquilibre du contenu du contrat d'adhésion car, contrairement au déséquilibre des forces, ce déséquilibre n'est pas automatique.

* * *

Conclusion de la section 1 :

349. Le contrat d'adhésion est dit structurellement déséquilibré en ce qu'il repose sur une inégalité de pouvoirs. Au Québec, comme en France, cette inégalité de pouvoirs se traduit par une détermination unilatérale des termes du contrat qui se caractérise, plus précisément, par une imposition des clauses du contrat par la partie stipulante à la partie adhérente. Cette imposition suppose une impossible négociation des termes du contrat. Que ce soit au visa des articles 1110, alinéa 2 du Code civil ou 1379 du Code civil du Québec, dont l'application se fait *in concreto* par les juges québécois, la négociation ne doit pas seulement

²⁰⁰² CHARPENTIER (E.). « La notion de contrat d'adhésion et l'article 1379 du Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 80.

être absente mais impossible. L'imposition des termes du contrat d'adhésion par la partie forte à la partie vulnérable révèle le déséquilibre des forces existant entre ces deux parties. Or, ni le législateur québécois, ni le législateur français, n'ont fait le choix d'intégrer une telle condition dans la définition du contrat d'adhésion. Objet d'un consensus doctrinal favorable en France, le critère du déséquilibre des pouvoirs est peu repris par les auteurs québécois et fait l'objet de divergences jurisprudentielles importantes. Ce déséquilibre constitue, néanmoins, la réalité du contrat d'adhésion et peut entraîner des conséquences sur l'utilisation même qui est faite du contrat d'adhésion.

*

*

*

Section 2 : Les conséquences d'un contrat structurellement déséquilibré

350. Le contrat d'adhésion fait indubitablement partie de la catégorie des « contrats déséquilibrés en pouvoirs », c'est-à-dire qui « suppose un contrat dans lequel l'une des parties dispose d'un pouvoir déséquilibrant, entendu comme le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale à un partenaire qui n'est pas en mesure de discuter »²⁰⁰³. Toutefois, il est aujourd'hui important de différencier le contrat d'adhésion du contrat déséquilibré dans son contenu. En effet, le déséquilibre des forces sur lequel se construit le contrat d'adhésion n'est pas synonyme de déséquilibre du contenu du contrat. Le contenu du contrat d'adhésion peut tout à fait être exempt de tout abus de la part de la partie forte. En ce sens, « l'existence du pouvoir déséquilibrant constitue un facteur de déséquilibre contractuel : le contrat n'est que potentiellement déséquilibré par l'existence du pouvoir déséquilibrant, c'est l'usage de ce pouvoir qui seul réalisera le déséquilibre »²⁰⁰⁴.

351. Les développements théoriques sur la notion de contrat d'adhésion qui suivront, construits aussi bien sur les écrits de la doctrine française que de la doctrine québécoise, démontreront que le déséquilibre des forces ne présume en rien le déséquilibre du contenu obligationnel du contrat d'adhésion (§1). De plus, le contrat d'adhésion, indépendamment de tout déséquilibre, se révèle être un outil de formation du contrat particulièrement intéressant des relations contractuelles contemporaines sans toutefois laisser indemne la notion de contrat. En effet, le contrat d'adhésion conduit à une nouvelle appréhension de la figure du contrat. Le droit québécois y a été particulièrement sensible et réceptif si bien que ses développements pourront inspirer le droit français et l'inviter à lire et à apprécier le contrat d'adhésion sous un autre angle (§2).

§ 1 : Le contrat d'adhésion, (possible) source du déséquilibre du contenu obligationnel du contrat

352. « Possible » car il faut bien comprendre que la conclusion d'un contrat d'adhésion ne présume en rien la formation d'un contrat au contenu déséquilibré. Il nous faut replacer les termes du débat à leur juste place : le contrat d'adhésion n'est qu'un simple mode de

²⁰⁰³ LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, op. cit., p. 205, n° 202.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 208, n° 206.

formation du contrat (**A.**) dont le déséquilibre du contenu n'est pas consubstantiel au contrat d'adhésion (**B.**).

A. Un mode de formation du contrat...

353. Une technique, un support. Souvenons-nous, le contrat d'adhésion est apparu en pleine Révolution industrielle alors que la production battait son plein et qu'il était nécessaire d'embaucher rapidement et massivement. Le constat est le même aujourd'hui. Il faut vendre, acheter, louer, prêter, financer, distribuer toujours plus et toujours plus vite. Reproduit en milliers d'exemplaires à travers le monde, n'offrant aucune possibilité de négociation pour des raisons de rapidité, d'uniformité ou de cohérence, le contrat d'adhésion est devenu aujourd'hui ce que le contrat de gré à gré était à l'époque de l'adoption du Code Napoléon : la référence²⁰⁰⁵. Comment a-t-il pu détrôner (en pratique) le fameux contrat de gré à gré ? C'est parce qu'il est une « technique de conclusion »²⁰⁰⁶ du contrat intéressante tant pour le professionnel que pour le particulier²⁰⁰⁷. « Au plan économique, le contrat d'adhésion apparaît comme un outil indispensable. Ses avantages sont liés à la rapidité des transactions et à la possibilité de les multiplier sur une très grande échelle. Le fait que le contrat d'adhésion présente un contenu prédéterminé et qui peut être connu de tous permet de gagner un temps considérable »²⁰⁰⁸. Mais voilà, le contrat d'adhésion n'est qu'une technique, un mode de formation du contrat. Il n'est qu'une simple « façon de contracter »²⁰⁰⁹.

Reprenons l'exemple du contrat de franchise. Le contrat d'adhésion est le mode de conclusion le plus opportun dans ce type de relation. En effet, nous l'avons vu, il est impératif pour le franchiseur de maintenir une certaine uniformité, une homogénéité dans son réseau. En ce sens, le contrat d'adhésion se révèle être particulièrement intéressant car

²⁰⁰⁵ **NEUMAYER (K.)**. *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Coll. Comparativa, Genève : Librairie Droz, 1999, p. 18.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 5.

²⁰⁰⁷ **BERTHOLD (G.-A.)**. *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre ? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, préf. MOORE (B.), Coll. Minerve, Montréal : Ed. Y. Blais, 2015, p. 22, n° 28 : bien que l'auteur fasse référence à la cause du contrat en particulier, son affirmation est transposable à notre situation car elle est incontestable : « Pour le dire ainsi, si une personne s'engage, c'est parce qu'elle sait qu'elle retirera les bénéfices que lui promet le type de contrat qu'elle signe ». Partant, un consommateur, par exemple, n'aura aucune peine à conclure un contrat d'adhésion puisqu'il sait qu'il en retirera un bénéfice.

²⁰⁰⁸ **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 110, n° 79.

²⁰⁰⁹ **CROTEAU (N.)**. *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, *op. cit.*, p. 24 et p. 38.

il permet de répondre à cet impératif. Partant, « le contrat d'adhésion n'est pas nécessairement [ou seulement, dirions-nous] la traduction de la puissance d'un contractant sur l'autre mais aussi une technique d'organisation présentant une réelle utilité, en particulier dans la distribution »²⁰¹⁰. Le contrat d'adhésion est une « pratique »²⁰¹¹... pratique²⁰¹². Prenons maintenant l'exemple du contrat de consommation, peu important le type. Ce dernier permet au consommateur d'acquérir le bien ou le service désiré ; au professionnel, de vendre, louer, prêter le bien ou le service convoité. Et ce, de façon très rapide à la grande satisfaction du consommateur, qui veut avant tout posséder son bien, et du professionnel, qui veut voir son chiffre d'affaires augmenter. Là encore, le contrat d'adhésion permet la conclusion rapide de ce contrat. Il est encore une fois une technique, cette fois-ci d'échange, réellement efficace.

En ce sens, l'on pourrait soutenir que le contrat d'adhésion participe au développement de la dimension fonctionnelle du contrat, voire même l'accroît. Le contrat est aujourd'hui de plus en plus perçu comme « un outil *performatif* dont la fonction *juridique* est de permettre la circulation des biens et des services. Retrouvant cette fonction juridique, la doctrine contemporaine insiste de plus en plus sur le caractère purement opératoire du contrat »²⁰¹³. Ce dernier, plus qu'un ensemble d'obligations à respecter, est avant tout le support d'une opération économique, l'échange²⁰¹⁴. Les obligations, entre autres, ne deviennent que des « nécessités fonctionnelles [...] permettant l'atteinte d'une fin particulière »²⁰¹⁵. Parce qu'il est une technique de conclusion du contrat, le contrat d'adhésion devient, à son tour, le *support* nécessaire à la réalisation de cette performance. Lui aussi ne fait « qu'amplifier la perspective du contrat-outil »²⁰¹⁶ dont la finalité première est de satisfaire les besoins des parties. Ces dernières vont consentir à risquer leurs intérêts

²⁰¹⁰ **LE BESCOND DE COATPONT (M.)**. *La dépendance des distributeurs*, préf. CHANTEPIE (G.), Coll. des thèses, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 709, n° 991.

²⁰¹¹ **MATHEY (N.)**. « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », *Contrats, conc., consom.*, mai 2013, n° 5, p. 20, n° 3.

²⁰¹² **CHANTEPIE (G.)**. « Le consentement de l'adhérent », *art. préc.*, p. 142 : « L'adhésion à un contenu prédéterminé répond aussi à une utilité pratique fondamentale, celle de la standardisation. Le choix de la technique de l'adhésion simplifie, presque à l'excès, le processus de conclusion du contrat pour les deux parties, en l'industrialisant, sinon encore, aujourd'hui, en l'automatisant tout à fait ».

²⁰¹³ **BERTHOLD (G.-A.)**. *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre ? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, *op. cit.*, p. 56, n°s 73-74.

²⁰¹⁴ **GHESTIN (J.)**. « Le contrat en tant qu'échange économique », in *Economie : bilan et perspective*, *Rev. éco. indus.*, 2000, n° 92, p. 83.

²⁰¹⁵ **BERTHOLD (G.-A.)**. *Ibid.*, p. 56, n° 74.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 57, n° 74.

dans l'optique de la réalisation d'intérêts futurs, à savoir la satisfaction de leur besoin, peu important que ces intérêts aient fait l'objet d'un contrat négocié ou imposé²⁰¹⁷. Le contrat d'adhésion ne porte donc pas atteinte à la notion de contrat. Au contraire, il favorise, de façon exponentielle, l'échange grâce à ses atouts de célérité et de rapidité. Cela fait de lui un mode de formation du contrat au service, avant tout, de ce « contrat-outil »²⁰¹⁸.

354. Le contrat *par* adhésion. « Procédé de conclusion du contrat »²⁰¹⁹, « processus de conclusion »²⁰²⁰, « pratique du contrat d'adhésion »²⁰²¹, mode, technique, façon : autant d'expressions qui dépeignent clairement la réalité : le contrat d'adhésion est un *moyen* de parvenir à une fin qu'est la conclusion de tel ou tel contrat. S'il est aujourd'hui usuel de parler de contrat *d'*adhésion, l'expression n'est en fait pas tout à fait juste. Elle ne permet pas de mettre en avant cet aspect avant tout technique du contrat d'adhésion. En ce sens, deux auteurs ont fait le choix d'adopter une autre tournure de phrase. Déjà en 1910, Georges Dereux avait estimé, en France, que l'expression n'était pas des plus adéquates²⁰²². En effet, parler de contrat *d'*adhésion reviendrait, selon lui, à le mettre sur un même pied d'égalité avec le contrat *de* vente ou *de* prêt. L'adhésion serait donc l'objet de la convention. Ainsi, Dereux choisit de parler de contrat *par* adhésion sans donner plus d'explication quant à son choix. Plus d'un siècle plus tard, au Québec, M^e Picotte, inspiré par la proposition de Dereux, retiendra la même tournure de phrase et offrira l'explication suivante : « De fait, la préposition *de* fait référence au type d'acte envisagé. C'est ainsi qu'on parlera de contrat *de* vente, *de* travail ou *d'*assurance. Par contre, la préposition *par* désigne la façon dont on envisage de conclure l'acte. Par exemple, on dira un contrat *par* acte notarié ou un contrat formé *par* négociation. Dans le cas du contrat par adhésion, on ne vise pas le type de contrat mais plutôt la façon dont l'acte sera formé, soit par l'adhésion de l'adhérente aux clauses à contenu imposé. Nous pourrions ainsi parler d'un contrat *de* vente conclu *par* adhésion »²⁰²³.

²⁰¹⁷ BERTHOLD (G.-A.). *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre ? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, *op. cit.*, p. 59, n° 79.

²⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 57, n° 74.

²⁰¹⁹ NEUMAYER (K.). *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, *op. cit.*, p. 9.

²⁰²⁰ *Ibid.*

²⁰²¹ MATHEY (N.). « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », *art. préc.*, p. 20, n° 3.

²⁰²² DEREUX (G.). « La nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.*, 1910, t. 9, p. 504.

²⁰²³ PICOTTE (M.-A.). *Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion)*, *op. cit.*, p. 6-7. Si l'on se demande ce qu'il en est du contrat *de* gré à gré, M^e Picotte nous offre la réponse suivante : « ... il s'agit d'une locution adverbiale et qu'elle est ainsi figée. Par conséquent, cet adverbe n'a rien à voir avec l'explication livrée dans le texte ci-dessus » (note de bas de page n° 42). La féminisation est un choix de l'auteur qui a souhaité opter pour l'écriture féminisée.

Nous sommes absolument convaincue par cette appellation et reconnaissons l'intérêt d'une telle proposition. Ceci dit, nous avons tout de même fait le choix de conserver l'expression de « contrat d'adhésion » car c'est elle qui a été introduite dans les Codes civils français et québécois par les deux législateurs respectifs.

355. Sa place dans la classification des contrats. La dimension avant tout technique du contrat d'adhésion est d'autant plus mise en avant dans la classification des contrats. Le contrat d'adhésion se retrouve parmi les contrats classés selon leur mode de formation, et non selon leur objet, au même titre que le contrat de gré à gré, le contrat consensuel ou le contrat formel. D'ailleurs, nous l'avons vu, il est bien le négatif du contrat de gré à gré qui est le contrat négocié. Or, la négociation est bien une façon de conclure le contrat. Replacer le contrat d'adhésion dans son environnement, dans sa classification et le mettre en lien avec les notions qui gravitent autour de lui permet de se rendre compte de sa véritable nature²⁰²⁴. Il n'est pas lié à la qualité des parties, ni même à la finalité du contrat mais bien au processus d'élaboration.

356. Sa place dans l'opération de qualification. L'on aurait pu croire que le contrat d'adhésion était promis à être une qualification principale en ce qu'il est une catégorie large et générale. Pourtant, et parce qu'il n'est qu'un mode de formation du contrat, le contrat d'adhésion se réduit à être, aux yeux d'une certaine doctrine québécoise, une qualification accessoire entendue dans le sens « secondaire »²⁰²⁵. Loin de faire écho à la nouvelle *summa divisio* française entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion²⁰²⁶, cette doctrine estime que le contrat d'adhésion demeure une qualification secondaire. En effet, il ne fait qu'illustrer certaines caractéristiques particulières d'un contrat, plus précisément la façon dont il a été formé²⁰²⁷. Ceci dit, l'on peut se demander si cette qualification accessoire permet de régler l'issue d'un litige sans avoir à s'interroger sur la nature du contrat²⁰²⁸. Nous pouvons ne pas en être convaincue. Si l'on reprend l'exemple de notre contrat de vente, la qualification de contrat d'adhésion ne permettra jamais de répondre à des questions relatives à la

²⁰²⁴ EISENMANN (C.). « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, t. 11, 1966, p. 29-30.

²⁰²⁵ FRECHETTE (P.). « La qualification des contrats : aspects théoriques », *C. de D.*, mars 2010, vol. 51, n° 1, p. 120, note de bas de page n° 10.

²⁰²⁶ REVET (T.). « Une philosophie générale ? », *RDC*, avr. 2016, n° H.-S., p. 11, n° 20.

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ *Ibid.*, note de bas de page n° 59.

transmission du bien, la responsabilité du vendeur ou de l'acheteur, ou encore à la garantie des vices cachés. La qualification de contrat d'adhésion permet uniquement l'application de règles ayant trait à la formation du contrat dont l'impossible négociabilité aurait pu grever son contenu de clauses ambiguës ou abusives. Ces règles n'aideront pas les magistrats à régler des questions relatives à la spécificité de l'opération en jeu. A gros traits, l'on pourrait dire que la qualification de contrat d'adhésion renvoie au contenant quand la qualification principale reflète le contenu.

357. On l'aura compris, le contrat d'adhésion est un outil nécessaire, pratique et réellement utile dont on ne pourrait plus faire l'économie dans notre monde contemporain. En soi, le contrat d'adhésion, parce qu'il est uniquement un mode de formation du contrat, est neutre. Et c'est cette neutralité qui le démarque des autres contrats, notamment du contrat de consommation dont la définition repose sur la qualité des parties²⁰²⁹. *A contrario*, le contrat d'adhésion ne fait nullement référence à la qualité des parties mais uniquement à la façon dont le contrat est formé, peu importe qu'il soit conclu entre un consommateur et un professionnel, deux professionnels ou encore, deux particuliers. Partant, le contrat d'adhésion ne présume en rien le déséquilibre du contenu. C'est plutôt ce que l'on fait de lui et la façon dont on l'utilise qui peut conduire à un tel déséquilibre.

B. ... Pouvant conduire à l'exercice abusif d'un pouvoir déséquilibrant

358. *Un contrat potentiellement déséquilibré.* Oui, « le contrat d'adhésion est sans doute un terrain fertile pour l'abus de puissance économique »²⁰³⁰. Le déséquilibre des forces sur lequel le contrat d'adhésion repose peut donner lieu à la réalisation d'un tel abus puisque « l'impossibilité de négocier est aggravée par le mode de conclusion du contrat »²⁰³¹. Nous l'avons vu, le contrat d'adhésion est le reflet d'une inégalité des parties. Or, cette inégalité confère à la partie en position de force le pouvoir d'imposer sa volonté à son contractant. Son pouvoir déséquilibrant sera alors de nature dite « économique » car il n'est pas intrinsèque au contrat mais est la conséquence de cette inégalité²⁰³².

²⁰²⁹ MOORE (B.). « Le contrat d'adhésion en droit québécois », *art. préc.*, p. 125.

²⁰³⁰ CHAZAL (J.-P.). *De la puissance économique en droit des obligations*, t. 1, th. Grenoble II, 1996, p. 184, n° 55.

²⁰³¹ LASBORDES (V.). *Les contrats déséquilibrés*, *op. cit.*, p. 214, n° 212.

²⁰³² *Ibid.*, p. 211, n° 208.

Toutefois, le contrat d'adhésion ne recevra pas le qualificatif de « contrat déséquilibré » seulement parce que la partie en position de force détient un pouvoir déséquilibrant. Encore faut-il qu'il exerce ce pouvoir de façon abusive. En effet, la définition du contrat déséquilibré en pouvoirs ne se contente pas seulement de se référer à la partie en position de force. Le déséquilibre doit également être « le résultat d'un *abus dans l'exercice* de ce pouvoir unilatéral »²⁰³³. Si l'abus n'est pas constaté, le contrat d'adhésion ne saurait être qualifié de contrat déséquilibré. S'il est avéré, l'on parlera alors de « contrat d'adhésion déséquilibré »²⁰³⁴ et non de « contrat d'adhésion » tout court. Il ne faut donc pas automatiquement associer contrat déséquilibré au fond et contrat d'adhésion, amalgame que nous avons trop souvent tendance à faire. En effet, le contrat d'adhésion « n'est que potentiellement déséquilibré par l'existence du pouvoir déséquilibrant »²⁰³⁵. Encore faut-il que ce pouvoir fasse l'objet d'un exercice abusif. Partant, nous souhaitons reprendre l'affirmation suivante : « un contrat inégalitaire n'est pas, *ipso facto*, un contrat déséquilibré. L'inégalité des parties ne constitue qu'un risque de déséquilibre. Le contrat ne devient déséquilibré que si le titulaire du pouvoir déséquilibrant l'exerce pour se réserver un avantage excessif ou pour aggraver les obligations de son cocontractant »²⁰³⁶. Les juges français et québécois l'ont bien compris. Alors que la Cour de cassation affirme que l'abus de puissance économique « ne résulte pas de la seule circonstance qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion [...] »²⁰³⁷, les juges québécois reconnaissent que le contrat d'adhésion

²⁰³³ **LASBORDES (V.)**. *Les contrats déséquilibrés*, op. cit., p. 205, n° 202.

²⁰³⁴ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une machine à hacher le droit », *Lamy concurrence*, avr. 2010, n° 23, p. 45, n° 7.

²⁰³⁵ **LASBORDES (V.)**. *Les contrats déséquilibrés*, op. cit., p. 208, n° 206.

²⁰³⁶ *Ibid.*, p. 209, n° 206. V. égal. **CHAZAL (J.-P.)**. *De la puissance économique en droit des obligations*, op. cit., p. 186, n° 58 ; **CHONÉ (A.-S.)**. *Les abus de domination : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, op. cit., p. 353, n° 535. *Contra* **LOISEAU (G.)**. « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, déc. 2015, n° 12, p. 496-497.

²⁰³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2005, n° 03-18.795, inédit (mes italiques). V. égal. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, n° 99-15.711, Bull. civ. I, n° 92 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2001, n° 98-17.432, inédit ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, n° 80-15.745, Bull. civ. I, n° 29, *arrêt Loto*. *Contra* : Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994, n° 91-19.424, Bull. civ. I, n° 8 : comme nous l'avons vu précédemment, cet arrêt fait figure à part étant entendu que la Cour de cassation s'inspire probablement de la directive européenne de 1993 en retenant la référence faite par la Cour d'appel au contrat d'adhésion, qui facilite d'autant plus la preuve de l'abus de puissance économique que doit apporter le demandeur en vertu de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. Pour l'arrêt reproduit en entier, v. comm. G. PAISANT, *JCP G*, avr. 1994, n° 13, II, comm. 22237.

V. égal. T. com. Paris, 1^{ère} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, p. 19 : « La jurisprudence, contrairement aux conclusions que Subway en tire, considère la position dominante, non pas comme une condition *sine qua non*, mais comme pouvant participer au faisceau d'indices permettant de caractériser la soumission, puisque la position dominante détenue sur un marché rend plus facile à l'acteur qui en bénéficie l'éventuel refus de sa part de négocier les contrats d'adhésion qu'il propose ».

« peut ne pas comporter de clause abusive [...] »²⁰³⁸. Ainsi, nous pouvons penser qu'il ne faut pas « diaboliser » le contrat d'adhésion et le tenir pour responsable de tous les maux contractuels²⁰³⁹. La façon dont la partie forte choisit de se servir de cet outil oriente grandement la qualification du contrat d'adhésion en contrat déséquilibré, ou pas.

359. L'absence de présomption de déséquilibre. On l'aura donc compris, le contrat d'adhésion est certes le reflet de l'inégalité des parties et de leurs forces en présence mais le déséquilibre de son contenu ne relève pas de son essence. Qui plus est, si déséquilibre il y a, encore faut-il qu'il soit patent. D'où l'expression de déséquilibre « significatif » car c'est en effet à partir de l'abus, et seulement à partir de celui-ci, que tout bascule. Tout dépend donc de l'usage que fait la partie forte du pouvoir qu'elle détient. « Si le rédacteur du contrat peut être enclin à se ménager certains avantages, il convient de ne pas préjuger du caractère déséquilibré du contrat »²⁰⁴⁰. En l'occurrence, la partie forte à la relation peut avoir tout intérêt à ne pas abuser du pouvoir qu'elle détient afin de construire une relation de confiance avec son contractant. Pour le professeur Coipel, cela relèverait même de l'ordre du devoir de respect envers son cocontractant²⁰⁴¹. Pour le professeur Belley, cela s'explique plutôt par le souci, pour la partie forte, d'établir des liens positifs avec son contractant²⁰⁴².

360. L'exemple particulier de l'ancien Alcan. Ayant toujours eu cette volonté de sortir du dogmatisme juridique²⁰⁴³, le professeur Belley a pris, il y a quelques années, l'initiative d'un projet de recherche le menant à s'intéresser de plus près à l'utilisation pratique et économique du contrat. Pendant sept ans, l'auteur a entrepris une étude empirique des contrats conclus entre l'entreprise Alcan, aujourd'hui Rio Tinto Alcan, et plus particulièrement sa filiale Secal, et ses fournisseurs situés dans la région du Saguenay-Lac-

²⁰³⁸ *Huel c. Décalcomanie Beaver inc.*, 1997 CanLII 8152 (QC C.S.), j. Benoit, § 31. V. égal. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 C.S.C. 34 (CanLII), § 229 (opinion des juges dissidents).

²⁰³⁹ **TESTU (F.-X.)**. « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives », *art. préc.*, p. 374, n° 12.

²⁰⁴⁰ **LASBORDES (V.)**. *Les contrats déséquilibrés*, *op. cit.*, p. 242, n° 246.

²⁰⁴¹ **COIPEL (M.)**. « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », *R.J.T.*, *art. préc.*, p. 498.

²⁰⁴² **BELLEY (J.-G.)**. *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, préf. LEBEL (L.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1998, 345 p. Nous avons conscience que cet exemple concerne un domaine très particulier dans une région du monde spécifique. Cependant, nous pouvons espérer que cet exemple québécois pourra conduire à une nouvelle compréhension des relations contractuelles conclues entre deux parties deux forces inégales.

V. égal. du même auteur **BELLEY (J.-G.)**. « Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas », *C. de D.*, mars 1996, vol. 37, n° 1, p. 37.

²⁰⁴³ **BELLEY (J.-G.)**. « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », *C. de D.*, déc. 1985, vol. 26, n° 4, p. 1045.

Saint-Jean. Les contrats étudiés vont des contrats d'achat de fournitures de bureau utiles à l'entreprise jusqu'aux contrats d'achat des contenants nécessaires pour transporter les pièces et produits transformés de l'aluminium. Ces contrats, outre leur fonction classique d'échange, s'inscrivent dans un contexte historique et géographique précis qui leur confère une fonction particulière d'organisation de la région, de son économie, de sa vie politique, et de la vie de ses habitants. Partant, l'auteur a constaté que s'était créée une certaine culture du contrat propre à la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean. Il a également relevé l'existence du pouvoir économique dont est titulaire la société Alcan et a observé l'usage qu'elle pouvait en faire. Bien évidemment, cette puissance privée lui permettait de produire une réglementation particulière qui convenait au mieux à ses intérêts, et qu'elle imposait ensuite à ses contractants²⁰⁴⁴. L'auteur a alors affirmé que : « La logique bien connue des contrats d'adhésion serait dans cette hypothèse [les relations entre Alcan et ses fournisseurs] le pivot normatif des échanges »²⁰⁴⁵. Ceci dit, le professeur Belley a tout de suite nuancé son propos en estimant que la seule logique du contrat d'adhésion « ne permet d'appréhender qu'une partie de la normativité contractuelle »²⁰⁴⁶. En effet, l'auteur a rapporté quelque chose qui l'avait grandement surpris : presque aucun litige relatif aux contrats n'avait éclaté entre les parties. Et les rares fois où un différend était apparu, les parties avaient très rapidement su désamorcer les difficultés sans avoir recours au juge²⁰⁴⁷.

Pour le professeur Belley, se contenter d'apprécier ces contrats sous l'angle unique de leur formation éclipserait une dimension importante de ces relations : la coopération et la réciprocité. Dans la culture du contrat du Saguenay-Lac-Saint-Jean, le pouvoir glisserait d'une partie à l'autre de façon dynamique. S'est alors instaurée entre Alcan et ses fournisseurs une interdépendance qui rend « plus intenses les normes de réciprocité, de solidarité et de préservation de l'avenir de la relation au nom desquelles chaque partenaire se trouve incité à pratiquer l'autolimitation de son pouvoir »²⁰⁴⁸. Au professeur Belley d'affirmer : « Ce serait d'ailleurs une erreur de supposer que les agents économiques dominants sont les plus prompts à s'isoler du milieu social et à se prémunir contre toute

²⁰⁴⁴ BELLEY (J.-G.). *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 63.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*

²⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. xii.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 64.

influence de sa normativité propre. Ils peuvent, au contraire, se révéler très soucieux d'établir des rapports étroits et positifs avec la communauté environnante. L'ampleur de leurs investissements dans l'espace local, poursuit l'auteur, les incite à rechercher une plus grande stabilité des relations contractuelles. Or, cette stabilité sera mieux assurée si la stratégie de la grande entreprise et les obligations contractuelles qui en découlent pour ses partenaires se trouvent renforcées plutôt qu'affaiblies par les normes générales de la communauté. On comprend ainsi, conclut le professeur Belley, que les grandes organisations économiques soient les plus enclines à se donner une politique des relations publiques et à se préoccuper de leur image au sein des communautés où s'exercent leurs activités »²⁰⁴⁹.

361. Un « critère erroné »²⁰⁵⁰ ? Dès lors, l'on pourrait soutenir que le contrat d'adhésion n'est peut-être pas l'angle d'attaque le plus pertinent pour contrer les abus de puissance économique, et notamment les clauses abusives. Le mode de conclusion du contrat ne serait pas le critère le plus adéquat dans la protection des parties faibles²⁰⁵¹. Si l'on considère que les contrats négociés peuvent tout aussi bien donner lieu à des abus²⁰⁵², à quoi cela sert-il de faire du contrat d'adhésion le critère de protection contre les clauses abusives ? C'est pourtant ce qu'il est devenu depuis les réformes française et québécoise du droit des contrats. En limitant le champ d'application des articles 1171 du Code civil français et 1437 du Code civil du Québec, ainsi que les articles relatifs à l'interprétation *contra proferentem*, au contrat d'adhésion, les législateurs français et québécois ont lié le régime de protection de

²⁰⁴⁹ **BELLEY (J.-G.)**. *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, *op. cit.*, p. 64-65.

Sur cette idée d'image et de politique de relations publiques, v. part. les articles de **BEBCHUK (L.A.)**, **POSNER (R. A.)**. « One-sided Contracts in Competitive Consumer Markets », *Mich. L. Rev.*, mars 2006, vol. 104, n° 5, p. 827 ; **BECHER (S. I.)**. « Asymmetric Information in Consumer Contracts : The Challenge That Is Yet to Be Met », *American Business L. J.*, 2008, vol. 45, n° 4, p. 723 ; **JOHNSTON (J.-S.)**. « The Return of Bargain : An Economic Theory of How Standard-Forms Contracts Enable Cooperative Negotiation between Businesses and Consumers », *Mich. L. Rev.*, mars 2006, vol. 104, n° 5, p. 857 (note au lecteur : cet article est très accès sur l'analyse économique si bien que certains propos de l'auteur peuvent surprendre notamment sur le rôle que les tribunaux devraient jouer) : tous ces auteurs insistent sur l'importance de l'image d'une entreprise, sa réputation, sur le bouche-à-oreille et comment les entreprises essaient de satisfaire une clientèle qu'ils souhaitent fidèles. Par voie de conséquence, ces auteurs insistent tous sur l'idée que malgré la conclusion de contrats d'adhésion, les consommateurs, en ayant entre leur main la réputation des entreprises, sont titulaires d'un pouvoir très important dont ils peuvent jouer. Ce pouvoir est connu sous le nom de « souveraineté du consommateur » qui participe de cette idée que le consommateur n'est pas toujours dans une position de faiblesse ou d'infériorité grâce au choix qu'il lui appartient dans la conclusion de ses contrats.

²⁰⁵⁰ **CHAZAL (J.-P.)**. *De la puissance en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 186.

²⁰⁵¹ **CHAGNY (M.)**. *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Nouvelle Biblio. des Thèses, Paris : Dalloz, 2004, p. 826-827, n° 862 ; **CHAZAL (J.-P.)**. *De la puissance économique en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 186, n° 58 et s. ; **LASBORDES (V.)**. *Les contrats déséquilibrés*, *op. cit.*, p. 244, n° 250 (l'auteur est un petit plus nuancée dans ses propos).

²⁰⁵² V. *supra* n° 204.

l'adhérent au mode de formation du contrat. Au-delà de l'explication politico-juridique de ce choix²⁰⁵³, n'est-ce pas la réalité pratique ? Certes, les contrats négociés peuvent tout autant donner lieu à des clauses abusives mais sont-ils si nombreux que cela ? Peut-on vraiment croire qu'un abus aura été si facilement accepté par une partie ayant été en position de négociateur, peu important son poids économique ? N'y aurait-il pas une contrepartie quelque part ? Dans un contrat d'adhésion, pas de contrepartie possible puisque le contenu du contrat ne peut être négocié, d'où la volonté des législateurs de protéger cette adhésion²⁰⁵⁴. Partant, le mode de formation du contrat conditionne l'exercice de l'abus et, le cas échéant, le facilite. Et si cette contrepartie s'avérait inexistante dans un contrat de gré à gré, nous avons préalablement tenté de démontrer que le déséquilibre survenant dans un contrat négocié ne saurait suivre le même régime que le déséquilibre découlant d'un contrat d'adhésion²⁰⁵⁵.

362. L'insertion du contrat d'adhésion au sein des Codes civils est d'autant plus notable que la notion invite à une autre lecture de la notion de contrat et de son devenir dans notre société contemporaine.

§ 2 : Le contrat d'adhésion au service de la standardisation

363. Au Québec, le professeur Tancelin part du constat suivant : le contrat d'adhésion est une création de la société industrielle lui permettant d'écouler le plus rapidement possible sa production industrielle²⁰⁵⁶. Avant lui, le professeur Masse avait reconnu que le contrat d'adhésion était justifié « par des impératifs économiques évidents : la négociation contractuelle entraîne des coûts exorbitants lorsque l'on veut multiplier les transactions et il n'est pas possible de transformer en juristes tous les employés d'une entreprise qui font affaire avec la clientèle »²⁰⁵⁷. Dès lors, ce n'est pas tant les positions économiques des parties qui expliquent l'apparition du contrat d'adhésion mais la nécessité pratique de standardiser les contrats afin d'écouler le stock de biens ou de services²⁰⁵⁸. Partant, le professeur Tancelin

²⁰⁵³ V. *supra* n° 204 et n°s 228 et s.

²⁰⁵⁴ **SALAH (M.)**. « Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois », *Rev. inter. dr. éco.*, 2013, n° 4, p. 482.

²⁰⁵⁵ V. *supra* n° 204.

²⁰⁵⁶ **TANCELIN (M.)**. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2009, p. 83.

²⁰⁵⁷ **MASSE (C.)**. « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », *art. préc.*, p. 110, n° 79.

²⁰⁵⁸ **TANCELIN (M.)**. *Des obligations en droit mixte du Québec*, *op. cit.*, p. 84. V. égal. **KARIM (V.)**. *Commentaires sur les obligations*, vol. 1 (art. 1371 à 1496 C.c.Q.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1997, p. 35.

explique que le contrat d'adhésion est « une copie en série, une reproduction de masse de contrat conçu sur le modèle des marchandises, puis des services qu'il est destiné à écouler dans le commerce »²⁰⁵⁹. Cette observation n'est pas sans rappeler la théorie d'Arthur Allen Leff (A.) qui a eu des échos importants au sein de la doctrine civiliste québécoise (B.).

A. La théorie de Leff : le contrat comme un bien

364. Le point de départ du problème : la classification. Paru en 1970 dans *l'American University Law Review*²⁰⁶⁰, l'article de Leff ne manque pas de susciter la curiosité et de faire réfléchir sur ce qu'est devenu le contrat aujourd'hui suite à l'apparition de ce qu'il a alors qualifié de « monstre »²⁰⁶¹ : le contrat d'adhésion. Pour asseoir sa proposition finale, Leff revient d'abord sur l'opération de classification en droit qu'il déclare être subjective et mystérieuse. Pour illustrer son propos, l'auteur prend l'exemple d'une pile de morceaux de charbon. Suivant ce que l'on souhaite en retirer (un combustible, ou pour le chauffage, ou pour les fourneaux), la classification ne se fera pas de la même manière si bien que les critères retenus seront différents d'un objectif à un autre²⁰⁶². L'auteur poursuit son exemple : si l'on souhaite connaître le taux de soufre présent dans les morceaux de charbon, un premier procédé va permettre de séparer en deux piles différentes les morceaux de charbon contenant un taux élevé de soufre et ceux qui en contiennent moins. Ce procédé est celui de la friction entre deux morceaux de charbon. Une fois les deux piles réalisées, l'on se rend compte que, selon le taux de soufre présent dans les morceaux, leur couleur n'est pas la même. La classification pourra désormais s'opérer en fonction d'un autre critère : celui de la couleur²⁰⁶³. D'une classification en est née une autre. A travers cet exemple, l'auteur souhaite démontrer que les critères retenus pour établir une classification sont contingents et qu'ils entraînent l'apparition d'autres catégories et sous-catégories. Néanmoins, il reconnaît que l'opération de classification s'avère nécessaire en ce qu'elle nous permet de réaliser l'objectif que l'on cherche à atteindre : promouvoir l'efficacité intellectuelle et opérationnelle²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁹ TANCELIN (M.). *Des obligations en droit mixte du Québec, op. cit.*, p. 84.

²⁰⁶⁰ LEFF (A.A.). « Contract as thing », *Am. Uni. L. R.*, mars 1970, vol. 19, n° 2, p. 131.

²⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 143.

²⁰⁶² *Ibid.*, p. 134.

²⁰⁶³ *Ibid.*, p. 135.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 134.

Leff se concentre ensuite sur le contrat dont la diversification a été réduite en classification, destinée, selon l'auteur, à faire la distinction entre l'échange (onéreux) et le don²⁰⁶⁵. Parmi un vaste choix de critères, celui qui a finalement été retenu pour établir cette classification est le processus de conclusion du contrat. Ce processus suppose une négociation. Le contrat doit être le produit d'efforts conjoints. Un acte sera classé parmi les contrats si, et seulement si, il découle d'une discussion. Petit à petit, sont apparus d'autres contrats toujours plus spéciaux créés pour répondre au mieux aux besoins de la pratique jusqu'à la naissance d'un contrat situé à l'extrémité du spectre du processus contractuel : le contrat d'adhésion²⁰⁶⁶. Ce dernier a alors entraîné la création d'une sous-catégorie de contrat.

365. *Le contrat d'adhésion : « sous-catégorie » du contrat négocié.* Leff parle bien de « sous-catégorie » car il relève que les auteurs partaient du principe que, même dans un contrat d'adhésion, il arrivait que certains éléments fassent l'objet d'une discussion entre les parties. La différence est que dans un contrat d'adhésion, la majorité des conditions sont unilatéralement déterminées par une partie et imposées à l'autre. Toutefois, parce qu'il s'agit toujours d'un contrat, les auteurs ont maintenu le contrat d'adhésion dans le giron de la classification traditionnelle du contrat si bien qu'ils lui ont appliqué les règles relatives à cette classification²⁰⁶⁷. Ils en ont également détourné quelques-unes pour pouvoir répondre aux spécificités du contrat d'adhésion. Les auteurs se sont donc retrouvés face à une difficulté conceptuelle qu'ils ont réussi à surmonter en créant cette sous-catégorie de contrat. Aux yeux de Leff, conceptuellement, c'est un coup de maître. En pratique, c'est une vraie catastrophe²⁰⁶⁸. En faisant du contrat d'adhésion une sous-catégorie du contrat négocié, les auteurs ont appliqué, pour panser ses difficultés, des pansements qui ne lui conviennent pas car ils ne lui sont pas adaptés. Au contraire, ces pansements ne feraient qu'aggraver la plaie. Au lieu de la guérir, ils l'infecteraient.

366. *Le contrat d'adhésion comme bien.* Selon Leff, cette impasse réside dans l'expression même de « contrat d'adhésion » qui est extrêmement critiquable²⁰⁶⁹. Si elle

²⁰⁶⁵ LEFF (A.A.). « Contract as thing », *art. préc.*, p. 137 et s.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 140 et s.

²⁰⁶⁷ V. égal. KESSLER (F.). « Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract », *art. préc.*, p. 633.

²⁰⁶⁸ LEFF (A.A.). *Ibid.*, p. 142.

²⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 143.

permet de décrire la réalité du marché et de son fonctionnement, elle conduit le droit à faire une erreur de classification et à continuer de traiter le contrat d'adhésion comme un contrat classique en faisant fi de son originalité et de ses besoins spécifiques. D'où la première proposition de l'auteur : parler non pas de « contrat d'adhésion » mais plutôt « d'affaires ou de marchés conclus par adhésion »²⁰⁷⁰ ; puis la seconde : considérer le contrat d'adhésion comme un bien, et c'est là le cœur de sa proposition.

Imageant toujours son propos, Leff nous dépeint une petite saynète qui se passe chez le concessionnaire automobile *Tyrannosaurus* et qui met en avant un potentiel acheteur, Mark, et un vendeur²⁰⁷¹. Après une petite mise en scène qui ne manque pas de faire sourire, les deux protagonistes se mettent à discuter (très) sérieusement du prix, des qualités de la voiture, de son fonctionnement, de ses accessoires, sa vitesse, etc... La discussion se termine une fois le contrat de vente de l'automobile signé par Mark. Sauf qu'aucun mot ne sera échangé sur le contrat et son contenu. Pour reprendre le propos du professeur Fréchette, c'est comme si le contrat devenait un accessoire de la voiture, l'élément secondaire de l'objet principal, la voiture²⁰⁷². Il y a comme une inversion des rôles dans cette logique contractuelle : la voiture, donc le bien, devient le sujet principal de l'échange (verbal) tandis que le contrat se transforme en un simple support de cet échange. Le voilà relégué au rang de simple « bout de papier » uniquement nécessaire à la conclusion de cet échange. Le contrat de vente devient donc une chose comme une autre, un outil utilisé pour parvenir à une fin. Ainsi, au même titre que le véhicule vendu, le contrat d'adhésion doit être considéré comme un bien. En effet, « le bien se présente tel quel, à prendre ou à laisser, tandis que le contrat est supposé être le résultat d'un processus précis »²⁰⁷³.

367. Encadrer le contrat d'adhésion comme un produit manufacturé. De ce constat, Leff propose d'encadrer le contrat d'adhésion de la même façon que les biens de consommation présents sur le marché²⁰⁷⁴. En effet, « dans un tel contexte, comment une personne peut-elle réguler le contrat d'adhésion comme un processus de discussion. En facilitant la négociation ? Mais cela est totalement absurde [...] parce que le contrat de

²⁰⁷⁰ Ce qui n'est pas sans nous rappeler la proposition de Dereux et de M^e Picotte.

²⁰⁷¹ LEFF (A.A.). « Contract as thing », *art. préc.*, p. 145-146.

²⁰⁷² FRECHETTE (P.). « La qualification des contrats : aspects théoriques », *art. préc.*, p. 120, note de bas de page n° 10.

²⁰⁷³ LEFF (A. A.). *Ibid.*, p. 147-148.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 147 et s.

masse est complémentaire à, et a la même utilité économique, que le produit de masse »²⁰⁷⁵. Pour ce faire, Leff propose de considérer le contrat d'adhésion comme une partie du bien vendu. Il suggère, tout d'abord, une intervention accrue de l'Etat qui remplirait alors une mission de « contrôle de qualité et de sûreté des produits ». Ce contrôle aurait pour objectif de laisser circuler sur le marché des contrats d'adhésion raisonnablement acceptables et ne présentant aucun danger pour le consommateur. Ensuite, Leff propose également la mise en place d'un équivalent d'une garantie des vices cachés pour le contrat d'adhésion, ce dernier étant aussi un outil de communication. Il serait donc judicieux, selon lui, de vérifier si aucun vice n'est caché entre les mots et expressions employés. Et si c'est le cas, de permettre au consommateur de faire un recours pour « vice caché ».

368. *Les limites de la théorie.* Leff est tout à fait conscient des difficultés que soulèvent cette proposition et de ses limites²⁰⁷⁶. Tout d'abord, une intervention aussi fréquente de l'Etat suppose un coût. Qui plus est, Leff s'interroge sur la légitimité d'une telle intervention : est-elle souhaitable ? Ne deviendrait-elle pas dangereuse à terme ? L'Etat a-t-il une quelconque autorité pour imposer certaines choses aux consommateurs et contrôler ses besoins ? Aussi, Leff se demande si cette garantie des vices cachés qu'il propose sera vraiment efficace lorsque l'on sait que la majorité des consommateurs ne lisent pas les contrats d'adhésion. Enfin, l'auteur a tout à fait conscience des limites de la qualification du contrat comme bien. Il est impossible d'assimiler totalement un contrat d'adhésion à un bien. Il demeure une notion que l'on rattache encore et toujours à la classification traditionnelle du contrat et à sa théorie générale.

369. La proposition de Leff reste malgré tout éclairante car elle permet d'apprécier le contrat d'adhésion sous un angle différent. Cette nouvelle lecture peut inspirer le législateur, le juge et plus généralement le juriste, en l'amenant à adopter des règles et des schèmes de pensées plus en phase avec la réalité du contrat d'adhésion. Elle peut leur permettre de s'émanciper des dogmes de la théorie classique du contrat pour proposer des solutions plus efficaces et plus à même de protéger l'adhérent.

²⁰⁷⁵ LEFF (A.A.). « Contract as thing », *art. préc.*, p. 147.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 155 et s.

B. La réception de la théorie de Leff au sein du droit québécois et de sa doctrine

370. La conception « socioéconomique » du contrat. La proposition de Leff a bel et bien été entendue par certains juristes québécois qui, pour dépasser les difficultés théoriques et pratiques du contrat d'adhésion, adoptent désormais une « conception socioéconomique » du contrat²⁰⁷⁷. Une telle conception permet de cerner le rapport indissociable qui existe entre le contrat, et plus particulièrement le contrat d'adhésion, et le fonctionnement du système socioéconomique contemporain auquel il participe. Cette conception a notamment été adoptée par le législateur québécois lors de la rédaction de la Loi sur la protection du consommateur de 1978 que nous avons étudiée dans la première partie de cette étude²⁰⁷⁸. Pièce maîtresse du droit de la consommation québécois, la L.P.C. présente une innovation par rapport à la théorie classique du contrat. En effet, elle utilise le contrat d'adhésion pour promouvoir et assurer la protection du consommateur adhérent²⁰⁷⁹. Pour ce faire, le législateur québécois va considérer le contrat de consommation, et par extension le contrat d'adhésion, comme un bien économique circulant sur le marché²⁰⁸⁰. La structure même de la loi fait transparaître la conception avant tout économique que le législateur a du contrat de consommation. C'est ainsi que les règles de la L.P.C. s'inscrivent, selon le professeur Belley, dans une optique très pragmatique du contrat de consommation car il est perçu et encadré comme une chose matérielle, utile et coûteuse, à « valeur opératoire ». Il détient une « valeur d'usage et d'échange » au même titre qu'un autre bien²⁰⁸¹. Qui plus est, le professeur Belley relève la dimension éminemment technique, mécanique, processuelle voire bureaucratique du contrat de consommation qui est un outil, un produit, un bien au service de cette « bureaucratie » qu'est la consommation de masse²⁰⁸².

²⁰⁷⁷ **BELLEY (J.-G.)**. « La loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », in *Mélanges Claude Masse*, LAFOND (P.-C.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 125.

²⁰⁷⁸ V. *supra* n° 146.

²⁰⁷⁹ **BELLEY (J.-G.)**. *Ibid.*, p. 132.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 125.

²⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 127-128.

²⁰⁸² *Ibid.*, p. 127.

V. égal. l'article percutant de Ian Macneil dans lequel l'auteur explique que le monde d'aujourd'hui est en fait une grande bureaucratie, de l'administration jusqu'au plombier ou charpentier, en passant par la fameuse Zamboni des terrains de hockey sur glace. Pour permettre à cette bureaucratie de fonctionner correctement, le contrat d'adhésion se révèle être un outil indispensable. Son utilisation massive serait justifiée par la nécessité de « faire tourner la

Allant plus loin et dépassant le cadre du droit de la consommation, le professeur Belley va proposer les mêmes outils que ceux avancés autrefois par Leff pour encadrer la circulation du contrat de consommation sur le marché²⁰⁸³. C'est ainsi qu'il préconise la mise en place d'un équivalent à la garantie des vices cachés pour le contrat de consommation, une intervention plus soutenue de la part de l'Etat, notamment dans le processus rédactionnel des contrats-types qui serviront de support au contrat de consommation, ou encore une meilleure appréhension des risques découlant de divers degrés d'inégalité présents dans un contrat de consommation²⁰⁸⁴.

371. « Le réalisme sociologique ». Si les règles de la L.P.C. s'inscrivent dans un mouvement de plus grande justice contractuelle, il ne faut pas perdre de vue qu'elles servent également une plus grande sécurité des transactions et contribuent au bon fonctionnement de l'économie et la consommation de masse²⁰⁸⁵. La finesse du législateur québécois aura été de comprendre que le contrat d'adhésion est totalement différent du contrat de gré à gré. Ces deux contrats viennent de deux mondes différents si bien qu'ils ne partagent pas la même philosophie. A un produit technique, le législateur québécois a apporté des solutions techniques. Pour le professeur Belley, le législateur québécois a su faire preuve de « réalisme sociologique ».

Il tire ce courant de pensée d'un article de Patterson publié en 1919 dans la *Harvard Law Review* sur la remise ou la livraison d'une police d'un contrat d'assurance-vie²⁰⁸⁶. Remarquons les termes employés : Patterson ne parle pas de « conclusion » mais bien de « remise » ou de « livraison d'une police » comme on parle de la livraison d'un colis. Le choix des termes n'est pas anodin. En décrivant le processus de formation du contrat d'assurance, Patterson parle de processus de « fabrication » de la police d'assurance et

machine » à plein régime et légitimée par les politiques et gouvernements. Selon l'auteur, les piliers traditionnels du contrat négocié proviendraient de l'Etat et des principes que ce dernier valide. De la même manière, le contrat d'adhésion serait validé par l'Etat et ses principes, contrôlés par ce dernier. Pour l'auteur, les encadrements législatifs du contrat d'adhésion ne sont pas suffisants pour parer à ses potentiels abus. La seule solution serait de complètement démonter le système économique et consumériste tel que nous le connaissons aujourd'hui : **MACNEIL (I.)**, « Bureaucracy and Contracts of Adhesion », *Osgoode Hall L. J.*, 1984, vol. 22, n° 1, p. 5.

²⁰⁸³ **BELLEY (J.-G.)**, « La loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », *art. préc.*, p. 136 et s.

²⁰⁸⁴ L'auteur distingue trois types d'inégalités, sources de risques : une inégalité stratégique (domination), symbolique (asymétrie de l'information) et systémique (l'adhérent pouvant se trouver lié à un tiers qui n'aura cependant pas été partie au contrat) (*Ibid.*, p. 139-141).

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 142-143.

²⁰⁸⁶ **PATTERSON (E. W.)**, « The Delivery of a Life-Insurance Policy », *Harr. L. Rev.*, déc. 1919, vol. 33, n° 2, p. 198.

souligne comment ce processus est mécanique, systématique et nécessaire au bon fonctionnement des affaires. Ce qui lui fera dire, en 1919²⁰⁸⁷, que le contrat d'assurance-vie est un contrat d'adhésion et qu'il faut retenir cette qualification et tirer les conséquences qui en découlent²⁰⁸⁸. Le « réalisme sociologique » semé par Patterson permet de comprendre que le processus de formation et de conclusion du contrat d'adhésion, qu'il soit de consommation ou d'assurance, est « un processus aussi long, programmé et systématique que l'exige le fonctionnement d'une entreprise hiérarchisée dont l'activité quotidienne consiste à traiter une masse de propositions et à produire un nombre considérable de contrats écrits à la demande et au bénéfice de consommateurs avec lesquels la communication s'établit dans une distance inévitable »²⁰⁸⁹. Le « réalisme sociologique » admet finalement que la classique rencontre des volontés devient une pure fiction dans le cadre du contrat d'adhésion et n'offre pas une description adéquate et réaliste de sa formation. Les rapports contractuels ne sont plus personnels et spontanés mais impersonnels et standardisés.

372. Le mouvement de réification du contrat. Cette façon de concevoir le contrat, et plus particulièrement le contrat d'adhésion, a conduit à l'apparition, au Québec, d'un mouvement de réification non seulement du contrat mais aussi des parties comme a pu le constater le professeur Bélanger²⁰⁹⁰. Cela est notamment le cas du contrat d'assurance qui, en raison d'une spécialisation accrue des produits d'assurance et de l'action actionnariale dans laquelle il s'inscrit, tend à être dé-socialisé et les parties, dépersonnalisées²⁰⁹¹. Mais selon le professeur Caron, « réfléchir au contrat d'adhésion en termes de volontés conduit à un cul-de-sac »²⁰⁹². En prenant l'exemple de l'interprétation du contrat d'assurance, le professeur Caron estime qu'une lecture intelligente et adéquate du contrat

²⁰⁸⁷ Patterson est considéré comme le premier auteur à avoir employé, et donc introduit, dans la littérature juridique anglo-saxonne la notion de contrat d'adhésion.

²⁰⁸⁸ **PATTERSON (E. W.)**. « The Delivery of a Life-Insurance Policy », *art. préc.*, p. 222.

²⁰⁸⁹ **BELLEY (J.-G.)**. « La loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », *art. préc.*, p. 134.

²⁰⁹⁰ **BELANGER (A.), MORARU (V.-D.), VAN DROM (A.)**. « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », *C. de D.*, mars 2010, vol. 51, n° 1, p. 58.

²⁰⁹¹ **BELANGER (A.)**. *Théorisations sur le droit des contrats : propositions exploratoires*, Coll. Dikè, Québec : PUL, 2014, p. 62 et s. Le professeur Belanger ne manquera de proposer une alternative à cette conception du contrat qu'il critique. Selon lui, il faut remettre au centre du concept contractuel le lien humain et social qui unit les parties. Nous nous attarderons plus longuement sur sa proposition dans la seconde partie de cette thèse.

²⁰⁹² **CARON (V.)**. « Le contrat d'assurance, boule de cristal du contrat d'adhésion ? », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, *op. cit.*, p. 92.

d'adhésion serait effectivement de le considérer comme un bien. Il explique que l'interprète d'un contrat d'assurance conclu par adhésion, en l'occurrence le juge, ne cherche pas à retracer une intention commune mais plutôt à comprendre le fonctionnement d'un produit, en l'occurrence le contrat²⁰⁹³.

373. L'exemple de l'interprétation du contrat d'assurance. Pour illustrer son propos, le professeur Caron compare l'interprète d'un contrat de gré à gré à celui d'un contrat d'adhésion²⁰⁹⁴. L'interprète du contrat négocié s'apparente à un historien en ce sens que son rôle est de rechercher l'intention commune des parties, de remonter le processus de formation et de négociation du contrat pour retrouver leur volonté commune. *A contrario*, « en matière de contrat d'adhésion, le rédacteur est l'architecte et l'interprète est l'entrepreneur. En effet, explique l'auteur, l'interprète du contrat d'adhésion joue le rôle de l'entrepreneur à qui l'architecte, c'est-à-dire le rédacteur du contrat, confie l'exécution des plans : le produit final construit par l'entrepreneur n'est pas toujours conforme à ce qui a été esquissé »²⁰⁹⁵. L'analogie est parlante en ce qu'elle permet d'expliquer et de justifier les règles d'interprétation différentes du contrat d'adhésion, et de se détacher de la fiction de la rencontre des volontés. Considérer le contrat d'adhésion comme un bien permet de passer outre les règles classiques d'interprétation du contrat pour rendre compte de la véritable action de l'interprète : ce dernier va interpréter les termes du contrat en faveur de l'adhérent ou purement déterminer le contenu du contrat. C'est dans cette optique que la Cour suprême du Canada a décidé que l'interprétation d'un contrat d'adhésion relevait non pas d'une question de fait mais d'une question de droit²⁰⁹⁶. Dès lors, la Cour suprême donne carte blanche aux juges pour effectuer une interprétation uniforme des contrats d'assurance. Un pas qui n'a toujours pas été franchi par la Cour de cassation, ce qui est fortement critiquable comme nous le verrons plus bas²⁰⁹⁷.

²⁰⁹³ **CARON (V.)**, « Le contrat d'assurance, boule de cristal du contrat d'adhésion ? », *art. préc.*, p. 93.

²⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 95-96.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 96.

²⁰⁹⁶ *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, [2016] 2 RCS 23, 2016 C.S.C 37, j. Wagner, § 4 : « Selon moi, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte ».

²⁰⁹⁷ V. *infra* n° 433.

374. *Le contrat d'adhésion, un « contrat-outil ».* Finalement, une telle conception du contrat, et plus particulièrement du contrat d'adhésion, peut-elle véritablement prévaloir ? Est-il juste de le réduire à un simple bien ? Leff lui-même avait souligné les limites de sa théorie. Le professeur Caron reconnaît également que le contrat d'adhésion est une figure bien plus complexe et subtile qui ne peut se résumer à une seule catégorie. Selon l'auteur, le contrat d'adhésion relève plutôt d'un « bontroï »²⁰⁹⁸ : il est à la fois bien, contrat et loi. Cependant, l'on ne peut nier que cette lecture du contrat a l'avantage de mieux cerner ce que le contrat est aujourd'hui devenu : « un contrat-outil »²⁰⁹⁹. Cette lecture appliquée au contrat d'adhésion permet de mettre en avant le lien intrinsèque qui l'unit au fonctionnement de notre économie contemporaine.

* * *

Conclusion de la section 2 :

375. Le déséquilibre structurel qui caractérise le contrat d'adhésion s'exprime à travers plusieurs éléments que l'on retrouve aussi bien en droit français qu'en droit québécois. La détermination unilatérale des termes du contrat et l'impossible négociation desdits termes sont deux critères incontournables de la définition du contrat d'adhésion. Que l'impossible négociation prime, ou non, sur le critère de la détermination unilatérale, le cumul de ces deux éléments atteste du déséquilibre des forces qui grève la relation contractuelle. Contrairement aux deux premiers critères unanimement reconnus et acceptés, le déséquilibre des forces fait l'objet de débats et soulève des doutes, particulièrement au Québec. En effet, les législateurs français et québécois n'ont pas expressément repris cette donnée dans la définition du contrat d'adhésion qu'ils ont inséré dans les Codes civils respectifs des deux pays. En France, le déséquilibre des forces est quasiment tout le temps cité dans les définitions proposées par la doctrine. Au Québec, malgré quelques réticences doctrinales et jurisprudentielles, il demeure tout de même un critère déterminant de définition du contrat d'adhésion.

²⁰⁹⁸ CARON (V.), « Le contrat d'assurance, boule de cristal du contrat d'adhésion ? », *art. préc.*, p. 98.

²⁰⁹⁹ BERTHOLD (G.-A.), *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre ? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, *op. cit.*, p. 57, n° 74.

Il est important de souligner que le déséquilibre structurel ne conduit pas systématiquement à un déséquilibre du contenu du contrat. De fait, si le déséquilibre de forme entraîne souvent un déséquilibre de fond, les deux ne vont pas de pair. En ce sens, le contrat d'adhésion peut seulement faire l'objet d'un potentiel déséquilibre de son contenu. En effet, le contrat d'adhésion ne constitue qu'un mode de formation du contrat ; une technique rapide et pratique de conclusion des contrats qui sied au fonctionnement de notre société et aux exigences de son économie. Le contrat d'adhésion se présente donc comme un outil incontournable de la standardisation. Cela n'est pas sans conséquence pour le contrat d'adhésion qui peut être perçu comme un bien à part entière. La théorie de Leff, premier auteur à avoir fait état de cette proposition, a notamment été reprise par la doctrine québécoise particulièrement sensible au mouvement de réification qu'a pu connaître le contrat d'assurance qui, aux yeux de certains auteurs québécois, est l'exemple parfait du contrat d'adhésion. Toutefois, la réalité du contrat d'adhésion est bien trop complexe pour être enfermée dans une seule qualification. Cela étant dit, la théorie de Leff présente l'avantage d'ouvrir des perspectives sur la notion de contrat et démontre qu'il est possible de l'imaginer autrement que comme la rencontre de deux volontés.

*

*

*

* * *

Conclusion du Chapitre 1 :

376. Qu'il soit perçu comme un contrat ou comme un bien, le contrat d'adhésion ne se départ pas de l'idée d'inégalité qui lui est inhérente. Cette inégalité se traduit par une inégalité de pouvoirs caractérisée par une détermination unilatérale des termes du contrat et surtout, plus qu'une simple absence, par une impossibilité matérielle de négocier lesdits termes. Ces deux incontournables critères vont également de pair avec celui du déséquilibre des forces. Malgré les débats qu'il peut soulever, notamment en droit québécois, le déséquilibre des forces est consubstantiel au contrat d'adhésion car il est une conséquence directe de l'inégalité de pouvoirs. Ainsi, bien qu'il n'ait pas été mentionné aux articles 1110, alinéa 2 du Code civil et 1379 du Code civil du Québec, le déséquilibre des forces est sous-entendu dans la définition du contrat d'adhésion.

Si nous pouvons être convaincue de l'utilité de ce critère dans l'opération de qualification du contrat d'adhésion, il faut toutefois prendre garde à ne pas tirer de conclusions trop hâtives. Ce n'est pas parce que le contrat est d'adhésion que la partie en position de force va user de son pouvoir de façon abusive. Le déséquilibre des forces ne présume en rien le déséquilibre du contenu du contrat. Partant, le contrat d'adhésion est bien un contrat inégalitaire mais pas forcément déséquilibré. Il n'est qu'un mode de formation du contrat ; une technique neutre de conclusion d'un acte nécessaire au bon fonctionnement de l'économie. Cela étant dit, et parce qu'il fait se rencontrer des forces inégales, le contrat d'adhésion peut faire l'objet d'un abus de puissance économique. C'est pourquoi il est nécessaire de mobiliser un régime qui puisse contrebalancer le déséquilibre des forces inhérent au contrat d'adhésion et corriger un potentiel déséquilibre de son contenu.

* *

*

Chapitre 2 : L'encadrement du contrat d'adhésion par le droit commun des contrats

377. Après l'insertion de la définition du contrat d'adhésion au sein du Code civil français et du Code civil du Québec, vient l'introduction d'un régime qui accompagne la notion. Ce régime est composé de diverses règles phares venant tempérer les éventuels déséquilibres pouvant découler du contrat d'adhésion. Ces dispositions vont venir encadrer des étapes clefs de la vie du contrat d'adhésion susceptibles de conduire à un abus de pouvoir de la part du stipulant.

378. L'essor du contrat d'adhésion et la multiplication des contrats standardisés qui s'en est suivie ont, tout d'abord, définitivement changé la façon d'appréhender la formation du contrat. Entre l'imposition d'une obligation d'information toujours plus rigoureuse au professionnel et/ou stipulant, sa déclinaison en un devoir de sincérité et de transparence plus subtile, et la marge de manœuvre plus importante laissée au juge dans l'appréciation de ces devoirs, la simple rencontre de volontés libres et éclairés d'autrefois ne suffit plus pour garantir la formation d'un contrat valable. Le consentement de l'adhérent, même s'il est volontaire, n'est plus forcément éclairé. L'adhérent n'a plus l'exacte connaissance des termes qui encadrent la relation contractuelle dans laquelle il s'engage. Qui plus est, il n'a plus nécessairement le temps de prendre connaissance des dizaines ou vingtaines de pages qui accompagnent son contrat. En outre, il n'a pas forcément les capacités pour saisir toutes les subtilités d'un langage toujours plus technique et spécial. Mais il ne lui revient pas pour autant de traduire des formules alambiquées destinées à favoriser le stipulant, ni à supporter des clauses qui alourdissent ses obligations sans trouver aucune contrepartie chez le stipulant.

Ainsi, malgré la différence des termes employés, l'agencement des articles ou encore leur organisation, le droit québécois comme le droit français poursuivent un même objectif de justice contractuelle : la protection du consentement de l'adhérent qui, on l'a vu, est complètement dévitalisé. Pour ce faire, les droits québécois et français des contrats vont principalement cibler les clauses du contrat d'adhésion qui ne sont pas connues, apparentes, ou directement accessibles à l'adhérent. En effet, si les clauses principales ou essentielles du

contrat sont normalement connues de l'adhérent, ce sont surtout les clauses secondaires qui vont poser problème.

379. Après la formation du contrat, les droits québécois et français se sont ensuite attelés à encadrer le contenu de ce dernier. Malgré les dispositions mises en place pour assurer un consentement éclairé par l'adhérent des termes du contrat d'adhésion, il arrive que ces efforts ne soient pas suffisants et laissent échapper certains vices pouvant conduire à de graves déséquilibres. C'est pourquoi les droits québécois et français ont décidé, lors de la réforme de leur droit des contrats, d'octroyer une plus grande marge de manœuvre au juge dans l'appréciation du contenu du contrat. Ce dernier, longtemps écarté de la sphère contractuelle, serait petit à petit devenu la troisième partie du contrat. Il s'est en effet vu confier un pouvoir d'immixtion au sein de la relation contractuelle jusqu'alors refusé puisque le contrat était avant tout perçu comme étant la loi privée des parties. Ce pouvoir s'illustre à travers les différents outils mis à disposition du juge pour le contrôle du contenu du contrat d'adhésion que sont l'interprétation en faveur de l'adhérent, ou encore la police des clauses abusives. Autant d'interventions judiciaires nécessaires qui permettent de compenser l'absence de négociation du contrat et conforter la réalisation du principe de justice contractuelle.

380. Bien que nous ayons, jusqu'à maintenant, toujours traité le droit français en priorité dans nos développements, nous avons souhaité procéder de façon inverse pour la rédaction et la présentation de ce chapitre. Parce que le droit québécois des contrats a été réformé vingt-cinq ans avant son homologue français, il présente l'avantage d'offrir une jurisprudence et une doctrine plus denses et riches d'enseignements. L'expérience québécoise du contrat d'adhésion et de son régime qui, à quelques exceptions près, présente des similitudes avec celui du droit des contrats français, permet sans aucun doute d'avoir plus de recul sur les règles propres au contrat d'adhésion. Elle nous permet d'entrevoir, voire même d'anticiper, le devenir de ces diverses dispositions quant à leur portée, leur efficacité et les difficultés qu'elles pourront présenter à l'avenir. Bien entendu, l'on ne saurait affirmer de façon péremptoire que le régime de droit commun du contrat d'adhésion de droit français suivra l'exacte même trajectoire qu'au Québec. Malgré les fortes ressemblances, le droit des contrats français n'est pas le droit des contrats québécois, et inversement. Cependant, les fruits de vingt-cinq ans de pratique jurisprudentielle et de

réflexions doctrinales peuvent, pourquoi pas, inspirer les magistrats et auteurs français en leur fournissant une grille de lecture possible de ce régime, de son application et de ses retombées sur des questions plus générales du droit des contrats. C'est pourquoi nous explorerons, dans un premier temps, le régime de droit commun québécois du droit contrat d'adhésion (**Section 1**) pour ensuite étudier, dans un second temps, le régime de droit commun français dudit contrat (**Section 2**).

Section 1 : Les effets du régime de droit commun québécois du contrat d'adhésion

381. En plus de présenter et décrire les différentes dispositions majeures composant le régime québécois du contrat d'adhésion, nous avons également fait état de ses conséquences, positives comme négatives, sur le droit des contrats québécois en général, mais aussi sur les acteurs principaux du contrat d'adhésion en particulier. Afin d'observer et d'apprécier les retombées de ce régime, il nous a paru essentiel d'analyser les débats qui ont mobilisé la doctrine et de suivre les trajectoires empruntées par la jurisprudence québécoise. Sur ce point, nous souhaiterions signaler que les arrêts que nous avons étudiés ont principalement été rendus par la Cour du Québec qui a compétence pour statuer sur les affaires ne dépassant pas un quantum de 85.000 dollars (59.000 euros). Or, les litiges concernant la conclusion de contrats d'adhésion ont, pour la plupart, un enjeu inférieur à 85.000 dollars. Si officiellement, les jugements rendus par la Cour du Québec sont considérés comme ayant une portée moindre en droit, il reste que ces décisions sont le reflet d'un contentieux général et quotidien. Cet état de fait dessiné, loin d'être figé, fournit un aperçu des effets théoriques et pratiques, bénéfiques ou non, du régime de droit commun du contrat d'adhésion au Québec. Ce dernier a, tout à la fois, conduit à une plus grande responsabilisation des stipulants (§ 1) et à un renouveau graduel de la mentalité judiciaire québécoise (§ 2).

§ 1 : Une plus grande responsabilisation des stipulants

382. Les stipulants des contrats d'adhésion sont les premiers destinataires du régime de protection mis en place par le législateur québécois. Afin de rééquilibrer la balance des pouvoirs en faveur de l'adhérent, le législateur, puis la pratique judiciaire, ont inversé la charge des plateaux. Les présomptions s'inversent, tout comme la charge de la preuve.

Partant, le régime du contrat d'adhésion cherche à provoquer un changement de comportement du stipulant en le responsabilisant tant au moment de la conclusion du contrat d'adhésion que de son écriture. C'est ainsi que l'accessibilité des clauses externes du contrat d'adhésion a été simplifiée au profit de l'adhérent (A.) et que les rédacteurs sont désormais plus vigilants à rédiger de façon claire et limpide les termes du contrat d'adhésion (B.). Par souci de clarté, et bien que l'écriture précède la conclusion du contrat, nous avons fait le choix de suivre l'ordre chronologique des articles tels que présentés dans le Code civil du Québec.

A. Vers une accessibilité simplifiée des clauses externes du contrat d'adhésion

383. Comme nous l'avons précédemment mentionné, ce sont les clauses accessoires, ou dites encore secondaires, qui sont la source principale des difficultés inhérentes au contrat d'adhésion. Plus précisément, c'est la question de leur connaissance, avérée ou défaillante, qui pose problème. Au Québec, le législateur a plus spécifiquement fait le choix de s'attarder sur la problématique particulière des clauses externes à l'article 1435 du Code civil du Québec (1.) dont l'application a entraîné un renversement de la charge de la preuve (2.).

1. La clause externe de l'article 1435 du Code civil du Québec

384. *Que sont les clauses externes ?* Contrairement à la France, la notion de « conditions générales » ne connaît pas la même popularité au Québec. Cela ne veut pas dire que la notion n'existe pas car il n'est en effet pas rare de la rencontrer au détour des écrits de la doctrine ou des décisions de justice des juges québécois. Cependant, elle n'a pas la même portée qu'en France. En effet, le droit québécois n'a pas choisi d'en faire le calque de la notion allemande²¹⁰⁰. Il opte plutôt pour une distinction entre les clauses habituelles d'un contrat, que l'on retrouve au verso de ce dernier, et les clauses dites « externes » ou « annexes ». Les clauses situées au verso du document contractuel sont considérées comme faisant partie intégrante du contrat et échappent ainsi à l'application de l'article 1435 du Code civil du Québec²¹⁰¹ qui encadre les clauses situées en-dehors du contrat. Ce dernier

²¹⁰⁰ **BAVERREIS (J.)**. « Le nouveau droit des conditions générales d'affaires », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 2002, vol. 54, n° 4, p. 1013.

²¹⁰¹ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal : Ed. Thémis, 2018, p. 798, n° 1452.

dispose que : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties./ Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance ». Ce principe s'applique également pour un contrat conclu sur internet. Un hyperlien mis à disposition de l'utilisateur du site internet pour que ce dernier puisse avoir accès aux conditions générales du contrat, et notamment à la clause résolutoire, est comparé au verso d'un contrat papier. Cette solution est tirée de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dell Computer*. Cette dernière opposait un consommateur à la société Dell concernant le prix de vente d'un ordinateur portable. La société avait, en effet, organisé sur son site internet une vente d'ordinateurs portables à des prix défiant toute concurrence. Cette promotion insolite était, en fait, le fruit d'une erreur d'affichage du site internet de l'entreprise. Malheureusement, et avant que le groupe Dell ne se rende compte de son erreur, certains consommateurs avaient déjà profité de l'offre exceptionnelle. Certains avaient même réussi à détourner le blocage de la page internet mis en place par la société d'équipements informatiques pour encore profiter des prix extrêmement bas affichés. S'en suit un litige dont le règlement, selon les conditions du contrat, devait se faire devant un arbitre américain. Or, ces conditions étaient uniquement accessibles par le biais d'un hyperlien. La Cour d'appel du Québec avait alors qualifié lesdites clauses d'externes²¹⁰² et décider de prononcer leur nullité²¹⁰³. En effet, les conditions de l'article 1435 n'étaient pas réunies. En l'espèce, la clause de renvoi n'était absolument pas lisible puisque rédigée en petits caractères et le consommateur adhérent était dans l'impossibilité de prendre connaissance des clauses. C'était sans compter l'arrêt de la Cour Suprême du Canada qui affirme que les clauses accessibles par hyperlien n'ont rien d'externe et qu'elles font partie intégrante du contrat conclu. Selon la juge Deschamps, l'hyperlien placé en surbrillance et reproduit sur chaque nouvelle page internet permettait au consommateur de prendre connaissance des

²¹⁰² *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QC C.A. 570 (CanLII), j. Lemelin, § 30-36.

²¹⁰³ *Ibid.*, § 37-46.

clauses du contrat²¹⁰⁴. Cliquer sur cet hyperlien s'apparentait au fait de tourner la page d'un contrat papier au verso duquel se trouveraient les clauses applicables²¹⁰⁵.

Dès lors, l'on comprend que les clauses externes sont comprises comme étant des clauses physiquement détachées du document contractuel principal²¹⁰⁶. Une clause sera qualifiée d'externe à partir du moment où elle figure sur un document extérieur au contrat conclu²¹⁰⁷. Les clauses externes ont pour objectif de compléter le contrat « sur des points parfois secondaires, parfois essentiels, et offrent le grand avantage d'éviter au texte contractuel un trop grand embonpoint »²¹⁰⁸. Les exemples sont nombreux : brochures publicitaires, cahiers des charges, affiches ou écriteaux, ou encore les manuels d'opération pour les contrats de franchise²¹⁰⁹. Tous ont la particularité d'être détachés du contrat si bien que tous posent la question de leur connaissance par l'adhérent. Il y a de fortes chances pour que ce dernier ait conclu un contrat tout en ignorant les conditions qui lui sont applicables. D'où l'introduction dans le Code civil du Québec de l'article 1435. Cette disposition traduit la volonté du législateur québécois de protéger le contractant, et plus particulièrement l'adhérent, contre tout « abus de l'assujettissement à un appareil normatif extérieur »²¹¹⁰. Le législateur québécois avait pour souhait de renforcer et de conforter le consentement de l'adhérent à un contrat d'adhésion ou de consommation. Pour atteindre l'objectif d'une plus grande justice contractuelle, la clause externe suit deux régimes distincts : un régime spécial qui renvoie à des règles particulières applicables dans le cadre de quelques contrats très spécifiques²¹¹¹, et le régime de droit commun de l'article 1435 qui retiendra plus particulièrement notre attention.

²¹⁰⁴ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 C.S.C. 34 (CanLII), j. Deschamps, § 99-101.

²¹⁰⁵ **LEFEBVRE (B.)**. « L'affaire Dell : réflexions sous l'angle du droit civil », *R.G.D.*, 2007, vol. 37, n° 2, p. 395, n° 8.

²¹⁰⁶ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op.cit.*, p. 798, n° 1452.

²¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 794, n° 1446.

²¹⁰⁸ *Ibid.*

²¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 795, n° 1446.

²¹¹⁰ *Ibid.*, p. 797, n° 1449.

²¹¹¹ *Ibid.*, p. 814 et s. : il en va par exemple du contrat de location d'un immeuble ou du contrat d'assurance : la loi impose au bailleur de remettre au locataire un exemplaire du document qui serait extérieur au contrat et ce, avant la conclusion du contrat de bail (art. 1894 C.c.Q. : « Le locataire est tenu, avant la conclusion du bail, de remettre au locataire, le cas échéant, un exemplaire du règlement de l'immeuble portant sur les règles relatives à la jouissance, à l'usage et à l'entretien des logements et des lieux d'usage commun./ Ce règlement fait partie du bail ». Elle commande à l'assureur d'énoncer très précisément la stipulation extérieure dans le contrat (art. 2403 C.c.Q. : « Sous réserve des dispositions particulières à l'assurance maritime, l'assureur ne peut invoquer des conditions ou déclarations qui ne sont pas énoncées par écrit dans le contrat ».

385. Comment les clauses externes acquièrent-elles force obligatoire ? Pour que les clauses d'un contrat aient force obligatoire, il faut que le contractant ait pu en avoir connaissance, c'est-à-dire que la clause externe doit avoir été expressément portée à la connaissance de l'adhérent ou du consommateur. C'est ainsi que l'alinéa 1^{er} de l'article 1435 du Code civil du Québec dispose que : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties ». Plus encore dans un contrat d'adhésion ou de consommation, la clause externe doit avoir été expressément portée à la connaissance de l'adhérent ou du consommateur. A défaut, le droit québécois ne la considère pas seulement comme inopposable mais comme carrément nulle - bien que de nullité relative²¹¹². Ainsi, lorsque les juges québécois relèvent que le stipulant n'a pas « attiré l'attention »²¹¹³ de l'adhérent sur l'existence et le contenu des clauses externes, qu'il ne les a « pas portées à sa connaissance »²¹¹⁴, ou encore qu'il ne les a pas « exhibé devant ses yeux »²¹¹⁵, ces dernières n'auront aucune force obligatoire. *A contrario*, à partir de l'instant où l'adhérent a une « parfaite connaissance »²¹¹⁶ des clauses externes du contrat ou que son attention a bien été attirée sur leur existence²¹¹⁷, les clauses externes lui seront applicables.

2. L'abandon de la présomption de connaissance pour la présomption de nullité

386. Comment porter les clauses externes à la connaissance de l'adhérent ? Pour s'assurer que l'adhérent ait bien eu connaissance des clauses externes, le stipulant va très souvent avoir recours à la clause de renvoi²¹¹⁸. Bien qu'étant de style²¹¹⁹, la présence dans un contrat d'adhésion d'une clause de renvoi est essentielle car répond à l'une des deux conditions prévues à l'article 1435 que doit respecter le stipulant. En effet, « les contrats de consommation et d'adhésion doivent contenir une clause expresse de renvoi, tout autant que les contrats ordinaires. Le second alinéa de l'article 1435 est subordonné au premier

²¹¹² **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op.cit.*, p. 797, n° 1450.

²¹¹³ *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-Parc Inc.*, 2002 CanLII 111 (QC C.S.), j. Richer, § 14 ; *Verrault c. 124851 Canada inc.*, 2003 CanLII 6800 (QC C.Q.), j. Gosselin, § 44.

²¹¹⁴ *Chassé c. Union canadienne, compagnie d'assurances*, 1999 CanLII 12127 (QC C.S.), j. Godin, § 28 ; *Remillard c. 9085-9638 Québec inc.*, 2001 CanLII 39623 (QC C.Q.), j. St-Hilaire, § 7 ; *Belval c. Voyages Tour-Monde inc.*, 2010 QC C.Q 14977 (CanLII), j. Ringuet, § 48.

²¹¹⁵ *Location Romprée Ltée c. Guillemette*, 2005 CanLII 9292 (QC C.Q.), j. Désy, § 49 et 50.

²¹¹⁶ *Secrétariat de l'Action catholique de Joliette c. Cyr*, 2000 CanLII 18794 (QC C.S.), j. Fraiberg, § 13 ; *Factory Mutual Insurance Company 1 c. Transport Baie-Comeau Inc.*, 2003 CanLII 15535 (QC C.S.), j. Babin, § 232.

²¹¹⁷ *Chevalier c. Québec (Société des loteries)*, 2004 CanLII 27601 (QC C.Q.), j. de Pokomandy, § 81-83.

²¹¹⁸ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 797, n° 1449.

²¹¹⁹ *Ibid.*, p. 983 et s.

qui énonce la règle générale. La présence de la clause de renvoi est certes insuffisante, dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article 1435, précisent le professeur Lluelles et l'honorable Moore, mais elle reste néanmoins nécessaire. La clause externe ne peut donc être opposée au consommateur ou à l'adhérent si elle n'est pas d'abord annoncée par une clause expresse du contrat écrit, en dépit du fait que le consommateur ou l'adhérent en fut informé par le cocontractant ou qu'il en avait déjà connaissance, concluent les auteurs »²¹²⁰. Ceci dit, la clause de renvoi sera considérée comme inefficace dans certains contrats de consommation auxquels l'article 23 de la Loi sur la protection du consommateur renvoie, par exemple un contrat conclu avec un commerçant itinérant, un contrat de crédit ou encore un contrat de location²¹²¹. Pour ces contrats particuliers, le commerçant doit permettre au consommateur de prendre connaissance de toutes les clauses du contrat avant d'y apposer sa signature²¹²². Cette dernière doit également être apposée à la dernière page de chacun des doubles du contrat, s'il y en a, à la suite de toutes les stipulations²¹²³.

387. Comment s'assurer de l'acceptation des clauses externes par l'adhérent ?

La clause de renvoi est là pour attirer l'attention de l'adhérent sur l'existence des clauses externes. Elle ne présume en rien sa connaissance desdites clauses. Cette dernière va, normalement, se traduire par la signature de l'adhérent qui a pour but de « manifester le consentement de la personne »²¹²⁴. Or, le consentement sous-entend, normalement, une acceptation en toute connaissance de cause des termes du contrat, ce dont on peut douter dans le cadre d'un contrat d'adhésion. En effet, dans la majeure partie des cas, l'adhérent va apposer sa signature ou cocher une case sans pour autant avoir réellement pris connaissance des conditions générales du contrat. Dès lors, cette signature n'aura pas la même portée dans un contrat d'adhésion que dans un contrat de gré à gré. Les juges québécois ne vont pas systématiquement relever l'existence de la signature de l'adhérent

²¹²⁰ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 811-812, n° 1471.

²¹²¹ *Ibid.*, p. 799, n° 1453.

²¹²² Art. 27 de la *L.P.C.* : « Signature de l'écrit – Sous réserve de l'article 29 [concerne le contrat de carte de crédit], le commerçant doit signer et remettre au consommateur le contrat écrit dûment rempli et lui permettre de prendre connaissance de ses termes et de sa portée avant d'y apposer sa signature ».

²¹²³ Art. 28 de la *L.P.C.* : « Signature des parties – Sous réserve de l'article 29, la signature des parties doit être apposée sur la dernière page de chacun des doubles du contrat, à la suite de toutes les stipulations ». Pour une application de ces articles, v. part. la décision *Parsons : Parsons c. Mont-Bleu Ford inc.*, 2002 CanLII 15468 (QC C.Q.), j. Lapointe, § 12-15

²¹²⁴ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 784-785, n° 1430.

pour s'assurer de sa connaissance des clauses externes²¹²⁵. De fait, ils vont plutôt s'attarder sur la connaissance réelle de l'adhérent non pas seulement de l'existence de la clause externe mais également de son contenu. En ce sens, le droit québécois ne connaît pas de présomption de connaissance. Au contraire, il connaît une présomption de nullité si le stipulant, en cas de litige, ne parvient pas à apporter une preuve adéquate de la connaissance de l'adhérent²¹²⁶. Cette preuve doit être « véritable »²¹²⁷, c'est-à-dire que les juges vont examiner si l'adhérent a lu, ou du moins a été mis en mesure de lire, les clauses externes. A défaut, ces clauses devront lui avoir été lues²¹²⁸, ou expliquées²¹²⁹, ou expressément portées à sa connaissance de quelque façon que ce soit²¹³⁰.

Parce que la connaissance ne se présume pas, nous pouvons penser que le droit québécois du contrat d'adhésion se montre bien plus sévère envers les stipulants que le droit français²¹³¹. Ces derniers ne peuvent échapper à leur responsabilité en se dissimulant derrière une présomption. Ils doivent s'assurer, coûte que coûte, que l'adhérent a bien lu les clauses externes du contrat. Il leur appartient de tout mettre en œuvre pour que l'adhérent puisse prendre connaissance du contenu de ces clauses. Partant, la charge de la preuve pèse avant tout sur les professionnels²¹³² sur qui « flotte l'épée de Damoclès »²¹³³.

388. La connaissance des clauses externes est-elle vraiment attestée ? Dans la majeure partie des cas, les adhérents ne lisent pas le contenu des clauses externes. S'ils l'ont fait, ils ne les ont pas forcément comprises mais ont tout de même signé le contrat car ce qui les intéresse, c'est avant tout le produit. Dès lors, certains auteurs, et à juste titre, doutent de ce critère de la connaissance si bien que le professeur Caron s'est posé la question suivante : « faut-il lire le contrat d'adhésion ? »²¹³⁴. Ne pas le faire relèverait de l'erreur

²¹²⁵ V. not. *Location de voitures compactes (Québec) ltée c. Gagnon*, 1995 CanLII 3674 (QC C.Q.), j. Gouin, § 7 ; *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-Parc Inc.*, arrêt préc. note n° 2113, § 12.

²¹²⁶ **POPOVICI (A.)**. « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 141.

²¹²⁷ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 809-810, n° 1468.

²¹²⁸ *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-Parc Inc.*, arrêt préc. note n° 2113, § 12.

²¹²⁹ *Location Rompré Ltée c. Guillemette*, arrêt préc. note n° 2115, § 49-50. V. égal. *Dufresne c. Trévi-Magasin de Boucherville*, 2011 QC C.Q. 15460 (CanLII), j. Sirois, § 8 et 9.

²¹³⁰ *Ibid.*

²¹³¹ V. *infra* n° 425.

²¹³² *Eclipse Optical inc. c. Bada U.S.A. inc.*, 1997 CanLII 6616 (QC C.Q.), juge Pauzé, § 13.

²¹³³ **GAUTRAIS (V.)**. « Dell Computer c. Union des consommateurs, Histoire d'un "Oops" ! », *C.P.I.*, oct. 2005, vol. 17, n° 3, p. 700. V. égal. **GAUTRAIS (V.)**. « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage ! », *R.G.D.*, 2007, vol. 37, n° 2, p. 407, spéc. p. 422 et s.

²¹³⁴ **CARON (V.)**. « Le contrat d'assurance, boule de cristal du contrat d'adhésion ? », *art. préc.*, p. 97.

inexcusable²¹³⁵. En effet, l'article 1435 du Code civil du Québec ne dispense pas l'adhérent de lire le contenu des clauses externes. Cependant, les juges québécois ont fait preuve d'une plus grande souplesse dans l'application de cette disposition. C'est ainsi qu'en matière d'assurance, l'honorable Baudouin a décidé que : « La jurisprudence exige de l'assuré, dans un tel cas, le comportement d'un assuré raisonnable, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce. Il s'agit, en fait, de ce que l'on désignait autrefois sous le vocable du “bon père de famille”. Dans cette affaire, il me semble qu'un assuré raisonnable, prenant connaissance de la page frontispice ne pouvait faire autrement, honnêtement et logiquement, que de déduire qu'il était protégé contre ce risque et légitimement s'abstenir de prendre connaissance des 10 pages suivantes »²¹³⁶. Une solution qui sera par la suite reprise et étendue à d'autres contrats d'adhésion. Les juges québécois ne sont pas dupes et se doutent bien que les adhérents n'ont pas lu le contrat en entier²¹³⁷. Pourquoi ? Parce que les adhérents ont « confiance »²¹³⁸ et « se fient à la réputation »²¹³⁹ du professionnel. Grâce à une « prestation convaincante », ces derniers ont su gagner la confiance des adhérents et ainsi démontrer leur sérieux²¹⁴⁰. Alors pourquoi y aurait-il une mauvaise surprise nichée dans les clauses du contrat ?

Outre la question de la confiance, se pose également le problème de l'accessibilité des clauses externes qui compromet la connaissance réelle de leur contenu par l'adhérent. Pour illustrer cette idée, il nous faut revenir à l'affaire *Dell Computer*. La solution rendue par la Cour Suprême du Canada peut, en effet, laisser perplexe²¹⁴¹. D'abord, parce que même si l'hyperlien est mis en surbrillance, rien n'est fait pour inciter le consommateur à cliquer sur ce lien. Cocher une case grâce à laquelle il assure avoir pris connaissance des conditions du contrat n'incite, ni n'oblige nullement le consommateur à véritablement prendre connaissance de ces conditions²¹⁴². De fait, tout est mis en œuvre pour ne pas détourner l'attention du consommateur de l'opération principale qu'est l'achat du bien²¹⁴³. Ensuite, l'hyperlien ne permet pas forcément une meilleure accessibilité des clauses externes.

²¹³⁵ *Ibid.*

²¹³⁶ *Groupe commerce compagnie d'assurances c. Services d'entretien Ribo inc.*, 1992 CanLII 3407 (QC C.A.), j. Baudouin, p. 5.

²¹³⁷ *Mofo Moko c. Ebay Canada Ltd.*, 2013 QC C.S. 856 (CanLII), j. Nadeau, § 9.

²¹³⁸ *Bolduc c. Decelles*, 1996 CanLII 4344 (QC C.Q.), j. Lavergne, p. 7.

²¹³⁹ *Mofo Moko c. Ebay Canada Ltd.*, arrêt préc., § 9.

²¹⁴⁰ *Bolduc c. Decelles*, arrêt préc., p. 7.

²¹⁴¹ **LEFEBVRE (B.)**. « L'affaire *Dell* : réflexions sous l'angle du droit civil », *art. préc.*, p. 398, n° 12.

²¹⁴² **GAUTRAIS (V.)**. « *Dell Computer c. Union des consommateurs*, Histoire d'un “Oops” ! », *art. préc.*, p. 700.

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 697.

La clause d'arbitrage insérée par la société Dell était reproduite sur une autre page internet, celle de la *National Arbitration Forum*. Qui plus est, l'hyperlien présenté sur le site de Dell ne renvoyait qu'à la page d'accueil de la NAF. Le consommateur devait ensuite naviguer à travers un site entièrement présenté en anglais pour retrouver la clause en question, elle-même rédigée en anglais. Se posait alors la question de la compréhension de la clause litigieuse²¹⁴⁴.

389. La question de la compréhension des clauses du contrat se distingue de celle de leur accessibilité. Alors que cette dernière découle de la matérialité des clauses et de leur présentation, la bonne compréhension des termes du contrat tient à la rédaction de ces derniers. Or, sur ce point, l'on peut également relever un changement dans le comportement des rédacteurs du contrat.

B. Vers une rédaction claire et limpide des termes du contrat d'adhésion

390. Contrairement à la France, le législateur québécois a fait le choix d'intégrer une règle encadrant spécifiquement la rédaction des clauses insérées dans les contrats d'adhésion à l'article 1436 du Code civil du Québec (1.). Deuxième composant du trio d'articles incontournables du régime du contrat d'adhésion – avec les articles 1435 et 1437 du Code civil du Québec – l'article 1436 semble avoir du mal à y trouver sa place. Cependant, son attribut fait de lui une disposition aussi irremplaçable que celle venant sanctionner l'insertion de clauses abusives dans le contrat d'adhésion (2.).

1. La clause illisible et incompréhensible de l'article 1436 du Code civil du Québec

391. Présentation de l'article 1436. Malgré sa place de choix dans le célèbre trio d'articles composant le cœur du régime du contrat d'adhésion, l'article 1436 du Code civil du Québec est, contre toute attente, une disposition particulièrement discrète qui n'a pas attiré outre mesure l'attention des auteurs et des juges québécois²¹⁴⁵. Évoluant non seulement dans l'ombre de son « grand frère »²¹⁴⁶, l'article 1437 portant sur les clauses

²¹⁴⁴ LEFEBVRE (B.). « L'affaire *Dell* : réflexions sous l'angle du droit civil », *art. préc.*, p. 398, n° 12.

²¹⁴⁵ MOORE (B.). « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 595.

²¹⁴⁶ *Ibid.*

abusives, l'article 1436 doit également jouer des coudes avec l'article 1432 qui consacre l'interprétation *contra proferentem*. Pourtant, cet article recèle un potentiel technique particulièrement intéressant qui peut se révéler être d'un plus grand secours que l'article 1437²¹⁴⁷.

L'article 1436 du Code civil du Québec dispose que : « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent ». Il s'inscrit donc dans cette volonté du législateur d'assurer la connaissance réelle du contenu du contrat par l'adhérent et/ou le consommateur. La force de cette disposition ? Son effet essentiellement préventif²¹⁴⁸. Cette disposition semble, en effet, avoir provoqué un changement de comportement chez les rédacteurs de contrats désormais beaucoup plus vigilants dans l'écriture de ces derniers. En conséquence, les juges ne sont que peu intervenus sur le terrain de l'article 1436.

392. Le recul de la force probante de la signature. L'article 1436 permet de mesurer la réalité du consentement de l'adhérent. Pour ce faire, cette disposition négocie un virage quelque peu drastique pour la tradition civiliste en prenant à revers l'importance de la signature qui, comme nous l'avons vu précédemment, n'est pas, ou plus, l'élément déterminant de la force obligatoire du contrat d'adhésion. En ce sens, l'article 1436 traduit une nette prise de conscience de la réalité sociologique du contrat d'adhésion : « celui-ci, long et complexe, est rarement lu et, le plus souvent, peu compris par le cocontractant qui, paradoxalement, "lui" fait confiance [au stipulant] »²¹⁴⁹. Le droit québécois a pris conscience que la signature, aujourd'hui, n'a plus la même portée qu'autrefois. Elle n'est plus garante d'un consentement éclairé, d'une connaissance réelle du contenu du contrat. L'article 1436 remet donc en cause la confiance que le droit accorde à la signature. Pire encore, « ce que le législateur a fait, au fond, c'est de neutraliser, d'émasculer, dans les contrats d'adhésion,

²¹⁴⁷ MOORE (B.). « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », *art. préc.*, p. 595.

²¹⁴⁸ LLUELLES (D.), MOORE (B.). *Droit des obligations, op. cit.*, p. 948, n° 1689 ; PINEAU (J.). « Théorie des obligations », *art. préc.*, p. 97, n° 84 ; POPOVICI (A.). « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 148.

²¹⁴⁹ LLUELLES (D.), MOORE (B.). *Ibid.*, p. 944, n° 1678.

la présomption traditionnelle que, si le contractant a signé, il a consenti (librement) après avoir compris (de façon éclairée) toutes les clauses du contrat »²¹⁵⁰. Et ce n'est pas tout. Inséré dans la partie relative aux effets du contrat, l'article 1436 relèverait plutôt de la formation du contrat, ou du moins, serait à cheval entre ces deux étapes de la vie du contrat. Cette position lui permet non seulement de veiller à l'intégrité du consentement de l'adhérent mais, plus encore, de contrôler le contenu du contrat. Ici, le législateur québécois frappe à grands coups sur l'un des piliers du contrat qu'est le principe de la force obligatoire²¹⁵¹.

393. Les critères d'application de l'article 1436. Cela va sans dire que l'application de l'article 1436 a été encadrée, le droit des contrats québécois n'étant pas particulièrement partisan d'une remise en cause du principe de la force obligatoire du contrat et de la stabilité contractuelle. Pour pouvoir être appliqué, encore faut-il qu'une clause soit considérée comme illisible ou incompréhensible. Que faut-il entendre par là ? Tout d'abord, une clause peut être qualifiée d'illisible dès lors qu'elle est rédigée en « caractères si lilliputiens » que l'on peut se demander si les rédacteurs avaient vraiment eu pour souhait que l'adhérent ait eu connaissance de ladite clause²¹⁵². Ensuite, une clause incompréhensible est celle qui est « formulé[e] dans un langage si abscons qu'il est permis de se demander si les auteurs ont souhaité véritablement qu'une personne normalement constituée sur le plan intellectuel fut capable de [la] comprendre »²¹⁵³. A partir du moment où une clause est déclarée illisible ou incompréhensible, la première condition de l'article 1436 est remplie. Sauf qu'il reste la deuxième condition : la clause ne peut être comprise par une personne raisonnable et lui cause, par conséquent, un préjudice²¹⁵⁴. Attardons-nous quelques instants sur le sens à donner au critère de la « personne raisonnable ».

Ce critère ne doit pas se comprendre dans un sens absolu mais plutôt comme « un étalon qui doit être déterminé selon les circonstances de l'espèce »²¹⁵⁵. Cet étalon se mesure, par exemple, en fonction de l'expérience et/ou du niveau d'éducation et d'instruction de l'adhérent ou du consommateur. C'est ainsi que dans le cadre d'un contrat de

²¹⁵⁰ **POPOVICI (A.)**. « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 148.

²¹⁵¹ *Ibid.*

²¹⁵² **PINEAU (J.)**. « Théorie des obligations », *art. préc.*, p. 97, n° 84.

²¹⁵³ *Ibid.*

²¹⁵⁴ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 958 et s.

²¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 941, n° 1698.

cautionnement, le juge Turmel décide que les clauses litigieuses n'étaient pas illisibles et incompréhensibles. Ce contrat avait été conclu entre une entreprise vendant des produits de nettoyage, la société Atlantiques, et la banque de Nouvelle-Ecosse. Par trois fois, cette dernière a intimé la société Atlantiques de respecter son obligation de caution visant à garantir le remboursement de divers financements octroyés à une entreprise dans laquelle elle avait des intérêts. A ce titre, un litige survient et la société Atlantiques considère certaines clauses du contrat de cautionnement, notamment la clause de responsabilité, illisibles et incompréhensibles. Le juge Turmel ne statue finalement pas en sa faveur estimant que les clauses étaient parfaitement claires « surtout pour un signataire qui, comme monsieur Pierre Turcotte [secrétaire-trésorier de l'entreprise Atlantiques], a une formation universitaire et qui, au moment de la signature du contrat de cautionnement, avait déjà une certaine expérience dans le domaine des affaires »²¹⁵⁶. Il en va de même dans l'affaire *Medi-Dent* qui concerne des contrats de location de matériel informatique et dentaire conclus par un dentiste et l'entreprise Medi-Dent entre qui un litige survient concernant le prêt de matériel. La juge Trahan réfute le point de vue du dentiste, qui estimait certaines clauses illisibles et incompréhensibles, considérant qu' : « En les lisant, le Tribunal ne les considère ni illisibles, ni incompréhensibles pour un profane. En effet, les termes employés sont relativement courants et expliquent clairement les conséquences d'une inexécution contractuelle. Le critère employé est celui d'un profane possédant une éducation universitaire et non d'un homme de la rue, puisque le Dr Bercovitch est dentiste »²¹⁵⁷.

Le critère de la « personne raisonnable » s'apprécie également en fonction de la profession de l'adhérent ou du consommateur comme en témoigne l'affaire *Sardo*. En l'espèce, une future mariée et son beau-frère avaient conclu un contrat de noces pour le 26 juin 1993 avec une entreprise spécialisée dans l'organisation de ce genre d'évènements. Cette dernière avait décongelé et préparé tous les aliments nécessaires à la confection du buffet, et ce en anticipant le 24 juin férié au Québec. Malheureusement, les noces n'auront pas lieu et le 25 juin, l'entreprise apprend que le mariage est annulé. Elle demande alors à ce qu'une partie des aliments achetés, et donc jetés, ainsi qu'une partie de la location de la salle, soient remboursées par les cocontractants. L'ex-future mariée refuse estimant que

²¹⁵⁶ *Banque de Nouvelle-Ecosse c. Promotions Atlantiques inc./ Atlantic Promotions inc.*, 2001 CanLII 24933 (QC C.S.), j. Turmel, § 89.

²¹⁵⁷ *Medi-Dent Service v. Bercovitch*, 1996 CanLII 4599 (QC C.S.), j. Trahan, § 61.

certaines clauses du contrat sont illisibles et incompréhensibles. Le juge Barbe relève que cette dernière « exerce la profession de directrice d'école et qu'elle est parfaitement bilingue [à noter que les clauses du contrat étaient rédigées en français]. Il est difficile de prétendre qu'elle soit affectée d'une déficience culturelle ou qu'elle souffre de pauvreté intellectuelle. Il est donc improbable qu'elle n'ait pas compris la portée et les conséquences d'une éventuelle résiliation du contrat »²¹⁵⁸. Dès lors, l'on comprend que le critère de la personne raisonnable permet de fixer un seuil de compréhension minimal du contrat²¹⁵⁹ ayant pour but d'assurer la stabilité des contrats et de prévenir à une trop grande déresponsabilisation de l'adhérent.

2. L'attribut de l'article 1436 du Code civil du Québec

394. Contrôler l'esthétisme de la clause. Pour que l'article 1436 soit appliqué, l'adhérent ou le consommateur devra prouver que ce qui lui cause un préjudice est une clause illisible, c'est-à-dire une clause dont l'aspect matériel ne permet pas sa lecture²¹⁶⁰. Les juges devront, en fait, s'intéresser à l'esthétisme de la clause. Cet esthétisme se traduit, tout d'abord, à travers la typographie employée par le stipulant. Cela recouvre « la grosseur du caractère ou de la lettre ; la forme des caractères : caractères italiques, romains, gothiques ou autres »²¹⁶¹. Ainsi, selon les termes de la juge Sirois, une clause sera qualifiée d'illisible dès lors que les caractères sont minuscules et que « le Tribunal doit “s'arracher les yeux” »²¹⁶² pour les lire. C'est dire le caractère minuscule de la clause ! Dans des termes moins imagés mais tout aussi explicites, la juge Pauzé estime, dans l'affaire *Bionaire* qu' : « Il faut voir le contrat en question et plus particulièrement son endos pour réaliser que même de bons yeux ne suffisent pas à lire les petits caractères, sans y porter une attention toute particulière »²¹⁶³. L'on perçoit, dans cette décision, l'idée que l'adhérent se doit de faire un effort de lecture mais cet effort ne doit pas mobiliser un trop grand effort de concentration de sa part. C'est ainsi que dans l'affaire *Poissonnerie Bari*, la juge Richer, avec beaucoup

²¹⁵⁸ 2622-1374 *Québec inc. c. Sardo*, 1998 CanLII 10784 (QC C.Q.), j. Barbe, § 43.

²¹⁵⁹ **LUJELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 954, n° 1699.

²¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 947, n° 1688.

²¹⁶¹ *Location d'autos Mont-Royal inc. c. Martzouco*, 1999 CanLII 10509 (QC C.Q.), j. Barbe, § 17. V. égal. *Brunelle c. 9124-5704 Québec inc.*, 2004 CanLII 34005 (QC C.Q.), j. Chicoine, § 10 et s.

²¹⁶² *Buisson c. Comervo Services inc.*, 2011 QC C.Q. 2952 (CanLII), j. Sirois, § 22 et s. ; *Dufresne c. Trévi-Magasin de Boucherville*, arrêt préc. note n° 2129, § 11 ; *Union Canadienne (L'), compagnie d'Assurances c. Mini-entrepôt Longueuil inc.*, 2011 QC C.Q. 7058 (CanLII), j. Sirois, § 117-118.

²¹⁶³ *Sun Life Trust Company c. Bionaire inc.*, 1999 CanLII 10577 (QC C.Q.), j. Pauzé, § 13.

d'humour, dessine la limite entre petits caractères et illisibilité, et la possibilité pour l'adhérent, avec un effort, de lire lesdites clauses : « M^e Gentili invoque également le fait qu'il s'agirait d'une clause illisible. Il invoque l'article 1436 C.c.Q. Que c'est en caractères tellement petits. On sait que c'est pas illisible (*sic*). Petit oui, mais illisible non. Je vous l'ai lu, c'est vrai qu'il faut que j'ajuste un petit peu mes lunettes, mais ça c'est peut-être dû à mon âge, c'est ainsi, d'ailleurs quand je les ajuste mes lunettes, je le lis bien. C'est pour ça qu'elles servent mes lunettes. Me Duguay les a bien vus aussi »²¹⁶⁴. Avec ou sans lunettes, un effort de lecture et de compréhension doit tout de même être fourni par l'adhérent. C'est pourquoi la juge Julien, dans l'affaire *AT&T*, rejette l'argument de l'illisibilité des clauses invoqué par les locataires d'un appareil de développement de pellicules photographiques défectueux. Selon la juge, « la naïveté [des locataires] confère à la négligence lorsqu'ils signent sans même le lire le contrat P-1, ni consulter un professionnel sur le sens de cette convention, s'il leur échappait »²¹⁶⁵. De fait, elle estime que la typographie employée n'est pas illisible. « Il faut s'astreindre à cette lecture, ce qui n'a pas été fait »²¹⁶⁶. Outre la typographie utilisée et l'emplacement de la clause, les juges sont également sensibles à l'encre utilisée. C'est ainsi qu'une clause limitative de responsabilité imprimée en petits caractères de couleur bleu pâle sur fond blanc sera qualifiée de clause illisible²¹⁶⁷. Il en va de même de clauses rédigées en gris pâle sur fond blanc au verso d'un contrat et sans qu'aucune mention au recto ne révèle leur existence²¹⁶⁸.

Cependant, l'effort que doit fournir l'adhérent doit rester raisonnable. L'on ne peut imposer à l'adhérent un effort excessif. C'est pourquoi une clause sera qualifiée d'illisible lorsqu'elle est noyée parmi d'autres, qu'elle est placée bien loin avant l'emplacement de la signature et dont l'accès n'est pas facile, et surtout, demande « un effort très particulier pour en prendre connaissance »²¹⁶⁹. Dit autrement, et de façon plus générale, il faut que la clause attire l'attention de l'adhérent. C'est ainsi que le juge Ritchie, dans la décision *Montreal Trust Co.*²¹⁷⁰ rendue par la Cour suprême du Canada en 1977, décide que : « En admettant que les

²¹⁶⁴ *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-parc Inc.*, arrêt préc. note n° 2113, § 16.

²¹⁶⁵ *AT&T Capital Canada inc. c. 3100 9459 Québec inc.*, 1999 CanLII 11029 (QC C.S.), j. Julien, § 43.

²¹⁶⁶ *Ibid.*, § 46.

²¹⁶⁷ *Zikovskiy c. Air-France*, 2006 QC C.Q. 948 (CanLII), j. Barbe, § 24 et s.

²¹⁶⁸ *Location d'autos Mont-Royal c. Martzouco*, arrêt préc. note n° 2161, § 11-16 ; *2622-7181 Québec inc. c. Perez*, 2004 CanLII 16713 (QC C.Q.), j. Laliberté, § 33-35.

²¹⁶⁹ *Bonneville Portes et Fenêtres, division du groupe Bocenor inc. c. Construction J.S.M. Ouellet inc.*, 2001 CanLII 24504 (QC C.Q.), j. Bossé, § 22 et s.

²¹⁷⁰ *Montreal Trust Co. et al. c. Lignes aériennes Canadien Pacifique, Ltée*, 1976 CanLII 204 (CSC), [1977] 2 RCS 793.

caractères de quatre points et demi dans lesquels est reproduit l'avis exigé au bas de la première page du billet sont raisonnablement lisibles, on ne peut dire, à mon avis, qu'ils attirent l'attention et se distinguent du reste du texte imprimé dans ces mêmes caractères »²¹⁷¹. Le juge Ritchie fait donc droit à la requête des demandeurs au pourvoi de se voir allouer des dommages et intérêts par la compagnie de transport aérien suite au décès de l'un des membres de leur famille et de la perte de ses bagages. Le transporteur aérien ne pouvait se dédouaner de sa responsabilité en se retranchant derrière une clause limitative de responsabilité qui, normalement, est admise par la Convention de Varsovie et entérinée par le Protocole de La Haye²¹⁷². En effet, cette dernière ne remet nullement en cause la validité des clauses limitatives de responsabilité des transporteurs en cas de mort ou de lésion corporelle, et de perte ou d'avarie des bagages. Néanmoins, le Protocole de La Haye précise qu'une telle limitation de responsabilité doit faire l'objet d'un « avis ». Or, aux yeux du juge Ritchie, cette condition répond à des exigences de forme que le transporteur aérien ne respectait pas dans le cas d'espèce puisque le propre d'un avis est d'être suffisamment apparent pour attirer l'attention du voyageur.

Finalement, aux yeux de certains auteurs, il est souhaitable de ne pas se montrer trop sévère à l'égard de l'adhérent²¹⁷³. Les tribunaux ne doivent pas perdre de vue que la mission qui leur incombe est de réaliser l'objectif poursuivi par l'article 1436, à savoir inciter les stipulants à plus de diligence lors de la rédaction de leur contrat. Si l'adhérent se plaint d'une clause illisible, ou incompréhensible, c'est au stipulant de prouver que la clause était parfaitement rédigée, compréhensible et que l'adhérent n'a pas subi de préjudice²¹⁷⁴.

395. Distinguer la clause incompréhensible de la clause ambiguë. L'article 1436 du Code civil du Québec ne règle pas uniquement le sort des clauses illisibles mais également celui des clauses incompréhensibles. Nous quittons la dimension formelle de la clause pour

²¹⁷¹ *Montreal Trust Co. et al. c. Lignes aériennes Canadien Pacifique, Liée*, arrêt préc., p. 802.

²¹⁷² *Ibid.*, p. 798-799 : l'arrêt rendu par la Cour suprême reprend textuellement l'article 3, e) de la Convention de Varsovie (« Dans le transport de voyageurs, le transporteur est tenu de délivrer un billet de passage qui doit contenir les mentions suivantes : e) l'indication que le transport est soumis au régime de la responsabilité établi par la présente Convention ») et l'article 4, c) du Protocole de La Haye (« Dans le transport de passagers, un billet de passage doit être délivré, contenant : c. Un avis indiquant que si les passagers entreprennent un voyage comportant une destination finale ou une escale dans un pays autre que le pays de départ, leur transport peut être régi par la Convention de Varsovie qui, en général, limite la responsabilité du transporteur en cas de mort ou de lésion corporelle, ainsi qu'en cas de perte ou d'avarie des bagages »).

²¹⁷³ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 951, n° 1692.

²¹⁷⁴ **POPOVICI (A.)**. « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 145.

nous intéresser à son aspect intellectuel. Nous frôlons de très près la question du contenu même de la clause. Pourtant, il est important de ne pas confondre les deux aspects. L'article 1436 n'a nullement pour objectif de sanctionner le contenu d'une clause. Cette question relève de l'article 1437 du Code civil du Québec auquel il appartient de sanctionner le contenu abusif d'une clause. L'article 1436 vient uniquement s'intéresser à la facture de la clause²¹⁷⁵, autrement dit à sa présentation syntaxique et grammaticale. Le juge va devoir vérifier si la clause fait sens et si le langage employé est facilement compréhensible. Une clause incompréhensible peut se traduire par des mots manquants dans une phrase sans que l'on puisse exiger d'une personne raisonnable qu'elle supplée aux lacunes du texte²¹⁷⁶. Elle peut également être une clause dont les termes employés sont « trop vagues »²¹⁷⁷ ou parce qu'entièrement rédigés en anglais²¹⁷⁸ d'autant plus que depuis l'adoption de l'article 55 de la Charte de la langue française²¹⁷⁹ : « Les contrats d'adhésion, les contrats où figurent des clauses-types imprimées, ainsi que les documents qui s'y rattachent sont rédigés en français [...] ».

Deux difficultés se posent pour les clauses incompréhensibles. La première : l'utilisation de termes techniques ou d'un vocabulaire spécifique. La jurisprudence a souvent tendance à relever ce motif pour qualifier une clause d'incompréhensible même si cela n'est pas automatique²¹⁸⁰. Elle part du principe que le jargon employé n'est pas et ne peut être compris par le profane. Mais que faire lorsqu'il s'agit d'un terme clair et adéquat pour le spécialiste mais incompréhensible pour le profane ? Nous pensons notamment au vocabulaire juridique²¹⁸¹. Certes, les termes juridiques sont difficiles à comprendre pour un non-initié. Est-ce à dire qu'une clause rédigée en ces termes tomberait facilement sous le joug de l'article 1436 ? Il semblerait que la réponse soit négative. En effet, partir de ce principe reviendrait à faire tomber des pans entiers de contrats²¹⁸². Le vocabulaire juridique est nécessaire dans la rédaction de certaines clauses sans quoi ces dernières manqueraient gravement de précision²¹⁸³. Prenons l'exemple des

²¹⁷⁵ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 951-952, n° 1695.

²¹⁷⁶ *Compagnie Commonwealth Plywood Ltée c. 9018-2304 Québec inc.*, 1996 CanLII 4312 (QC C.Q.), j. Mallette, § 22 et 27.

²¹⁷⁷ *Landry c. Québec (Procureur général)*, 2009 QC C.S. 3920 (CanLII), j. Lesage, § 52.

²¹⁷⁸ *Beach-Comber Hot Tubs inc. c. Lapointe*, 2004 CanLII 4673 (QC C.Q.), j. Gagnon, § 7-9.

²¹⁷⁹ *Charte de la langue française*, RLRQ c. C-11.

²¹⁸⁰ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 955-956.

²¹⁸¹ **MOORE (B.)**. « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », *art préc.*, p. 600.

²¹⁸² *Ibid.*

²¹⁸³ *Ibid.*, p. 601.

clauses de solidarité dans un contrat de cautionnement, des clauses de démembrement de propriété, ou encore des clauses de réserve de propriété dans les contrats commerciaux. Ces clauses, malgré un vocabulaire technique, ont du sens. Il reviendra donc à l'adhérent de faire un effort de compréhension, quitte à consulter le stipulant pour avoir des explications. Ce dernier devra également, et lorsque cela est possible, essayer de traduire ou définir un terme juridique en employant des mots du langage courant²¹⁸⁴.

La seconde difficulté a trait à la frontière très mince qui existe entre l'article 1436 et l'article 1432 du Code civil du Québec qui dispose que : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur ». Nous venons, à l'instant, de parler du sens de la clause. Or, cette question ne relèverait-elle pas plutôt de l'opération d'interprétation ? Il existe donc une friction entre ces deux articles. Pourquoi ? Parce qu'une clause peut devenir incompréhensible dès lors qu'elle est trop ambiguë ou que sa traduction est douteuse. Cela ne facilite pas la tâche des juges qui, souvent, emploient un article pour l'autre ou les utilisent de façon complémentaire. Quelques décisions illustrent cette difficulté. Dans l'affaire *Poirier-Wilson*²¹⁸⁵, M. Wilson a rempli une demande de souscription à un contrat d'assurance qui lui a finalement été refusée en raison de fausses déclarations de la part de l'intéressé. Ce dernier n'aurait pas convenablement répondu à l'une des questions posées par l'assureur sur son état de santé. Or, le Tribunal souligne la « piètre qualité syntaxique »²¹⁸⁶ de ladite question et relève le sens très ambigu de la clause si bien qu'il est tout à fait possible de la comprendre de différentes manières. Au visa de l'article 1436, et en frôlant les limites de l'interprétation, le juge Richard estime la clause ambiguë et incompréhensible²¹⁸⁷. Cette décision fut rejetée par la Cour d'appel du Québec qui livre une réponse tout à fait éclairante. Dans cet arrêt, le juge Robert estime qu' : « encore une fois, cette *interprétation du contrat* me paraît être une erreur manifeste et dominante, en ce que le juge n'a pas apprécié correctement l'exposé de l'appelante sur le mécanisme procédural de traitement des plaintes »²¹⁸⁸. La solution trahit la difficulté à laquelle les juges sont confrontés. Le juge Robert fait bien référence à une opération

²¹⁸⁴ **MOORE (B.)**. « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », *art préc.*, p. 601.

²¹⁸⁵ *Poirier-Wilson c. Assurance-vie Desjardins-Laurentienne*, 2000 CanLII 18107 (QC C.S.), j. Richard.

²¹⁸⁶ *Ibid.*, § 16.

²¹⁸⁷ *Ibid.*, § 23-27.

²¹⁸⁸ *Assurance-vie Desjardins Laurentienne c. Poirier-Wilson*, 2003 CanLII 32938 (QC C.A.), j. Robert, § 39 (nous soulignons).

d'interprétation du contrat alors qu'il s'agissait d'une question de syntaxe. Même constat dans une affaire concernant une clause de non-concurrence insérée dans les contrats de travail de sept salariés employés par la société Ikon²¹⁸⁹. Ces derniers travaillaient, autrefois, pour une de ses clientes, l'entreprise Imperial Tobacco, avant que celle-ci ne soit rachetée par un concurrent d'Ikon, la société Docu-Plus. Or, les sept employés en question ont décidé de démissionner de chez Ikon pour rejoindre Docu-Plus. Toute la question portait sur cette clause de non-concurrence qui, selon le juge Sénécal, était trop ambiguë et donc incompréhensible au sens de l'article 1436 du Code civil du Québec. Le juge estime que la clause visait beaucoup trop large et employait des expressions bancales, telle que « radius de 100 km » (!), et comportait des erreurs de traduction²¹⁹⁰. Jusque-là, le raisonnement se tient. Sauf que le juge vise également l'article 1432 du C.c.Q. estimant que le contrat de travail est un contrat d'adhésion qu'il faut interpréter à l'encontre de l'employeur qui a, de façon arbitraire, choisi de protéger ses seuls intérêts²¹⁹¹. Ainsi, il écarte la clause de non-concurrence au chef de ces deux articles sans que l'on sache vraiment s'il a tranché en fonction du sens ou de la facture de la clause. Pour contourner cette difficulté et éviter d'avoir à se prononcer sur cette question, certains juges vont parfois inclure l'article 1436 dans les règles d'interprétation du contrat d'adhésion²¹⁹².

Pourtant, il y a bien une distinction à faire entre une clause ambiguë et une clause incompréhensible²¹⁹³. Une clause ambiguë a du sens, voire même plusieurs, et c'est bien là son problème. L'article 1432 va alors permettre au juge québécois de trancher sur un sens à donner à cette clause. *A contrario*, une clause incompréhensible n'a *aucun* sens. Sa forme fait qu'il n'est même pas possible de la comprendre, encore moins de l'interpréter. L'article 1436 va alors limiter la force obligatoire de cette clause en la frappant de nullité. Ceci dit, il est tout à fait possible qu'une clause soit si ambiguë qu'elle en devienne incompréhensible. L'on basculera alors sur le terrain de l'article 1436. Dans un tel cas si subtil, tout dépendra, au final, de la sanction que recherche l'adhérent : sauver la clause ou la frapper de nullité.

²¹⁸⁹ *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, 2009 QC C.S. 123 (CanLII), j. Sénécal.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, § 37.

²¹⁹¹ *Ibid.*, § 49.

²¹⁹² *Bastien c. Crown compagnie d'assurance-vie*, 1998 CanLII 11551 (QC C.S.), j. Frenette, § 34.

²¹⁹³ **MOORE (B.)**. « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », *art. préc.*, p. 604-605.

396. Il va sans dire que le droit commun québécois du contrat d'adhésion cherche d'abord et avant tout à modifier le comportement des stipulants des contrats d'adhésion. Soumis à une plus grande responsabilisation dans la rédaction et l'organisation des clauses de leurs contrats, les stipulants sont invités à mettre de côté leurs propres intérêts pour prendre en compte, et satisfaire, celui de leurs adhérents. Ils doivent être extrêmement attentifs à la connaissance réelle et avérée des clauses du contrat d'adhésion, ainsi qu'à leur compréhension complète, par l'adhérent. A défaut, ce sont les stipulants qui devront supporter la charge de la preuve.

Cependant, dans une perspective consensuelle et de dynamisation du rôle de l'adhérent, ce dernier est également appelé à faire preuve de bon sens et à fournir un effort raisonnable dans la compréhension des clauses du contrat qu'il conclut. Bref, les parties sont incitées à faire preuve d'une certaine coopération. L'autre acteur qui voit son rôle devenir plus actif est, bien entendu, le juge. Ce dernier se voit confier une large marge de manœuvre en appréciant l'exécution du contrat d'adhésion.

§ 2 : Un accroissement significatif des pouvoirs du juge

397. Le juge québécois a vu son *imperium* s'accroître grâce à l'élaboration du régime de droit commun du contrat d'adhésion. Cette percée judiciaire, nous nous en souvenons, n'a pas été favorablement accueillie par les professions judiciaires québécoises qui souhaitaient que le juge restât cantonné à sa mission de toujours : faire respecter la loi des parties telle que celle-ci a été rédigée²¹⁹⁴. Malgré les pressions exercées par les différents ordres professionnels, le législateur québécois a maintenu ferme sa volonté de parvenir à une réalisation effective de la justice contractuelle grâce à l'intervention du juge. Ont donc été consacrées, dans le Code civil du Québec, deux dispositions de poids : l'article 1432, reconnaissant l'interprétation *contra proferentem*, et l'article 1437, sanctionnant les clauses abusives.

Il est important de noter que, contrairement à une majeure partie de la doctrine, certains juges québécois sont encore très attachés à la conception classique du contrat et ses préceptes. Précédemment avocats, ils sont souvent issus de milieux professionnels libéraux

²¹⁹⁴ V. *supra* n° 223 et n° 228.

et traditionnels. La recherche d'une plus grande justice contractuelle se fait donc dans une certaine limite et avec égard aux principes fondateurs du droit des contrats. Cependant, et comme les démonstrations précédentes l'ont illustré, les juges québécois s'ouvrent toujours un peu plus à ce principe nouveau qu'est la justice contractuelle et vont de moins en moins hésiter à affirmer sa préséance. La mentalité judiciaire québécoise évolue donc bel et bien, mais de façon progressive. C'est ainsi que le juge n'a pas hésité à faire preuve d'une interprétation créative, activité reconnue comme telle et saluée par la doctrine québécoise. (A.). Inversement, cette dernière regrette que les juges soient encore timides dans l'application de l'article 1437 du Code civil du Québec (B.).

A. Une activité créatrice du juge affirmée

398. Nous le savons, la commune intention des parties est inexistante dans le contrat d'adhésion si bien que ce dernier ne saurait être interprété en vertu de cette volonté commune. Évidente, cette affirmation est d'autant plus forte que la doctrine québécoise n'hésite pas à nourrir un mouvement qui vient remettre en cause la fiction de la commune intention des parties (1.). Aussi, elle reconnaît franchement le pouvoir de détermination du contrat par le juge (2.). Cette activité créatrice du juge s'exerce, toutefois, dans le cadre strict des dispositions du Code civil du Québec et ne rencontre pas la même place que dans les théories de *common law* (3.).

1. Le dépassement de la fiction de la commune intention des parties dans le contrat d'adhésion

399. Présentation de l'article 1432 du Code civil du Québec. L'article 1432, solution « quasi-magique »²¹⁹⁵ d'interprétation, dispose, pour rappel, que : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur ». Cette disposition n'est pas totalement de droit nouveau mais prend sa source dans l'article 1019 du Code civil du Bas-Canada. Prévoyant que : « Dans le doute le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation », cet article

²¹⁹⁵ LLUELLES (D.), « Les règles de lecture forcée « *contra proferentem* » et « *contra stipulatorem* » : du rêve à la réalité », R.J.T., 2003, vol. 37, n° 3, p. 258.

consacrait l'interprétation *contra stipulatorem*, c'est-à-dire contre le créancier de l'obligation. Or, cette règle d'interprétation a largement dépassé le cadre du régime général des obligations pour être très rapidement étendue au créancier entendu comme *professionnel*. Confrontés à l'essor sans précédent des contrats d'adhésion qui ne connaissaient alors aucun cadre juridique, les juges québécois ont fait œuvre créatrice en développant la règle d'interprétation *contra proferentem*. Soucieuse de réalisme et d'équité, la jurisprudence québécoise, alors « progressiste [...] n'a pas hésité à *transformer un texte* du Code pour tenir compte de la *réalité socio-économique* nouvelle »²¹⁹⁶. En adaptant la portée de l'article 1019 du Code civil du Bas-Canada, les juges québécois ont pu interpréter le contrat non seulement en faveur du débiteur mais aussi, plus généralement, de l'adhérent et/ou du consommateur. L'on comprend ici que ces deux méthodes d'interprétation ne doivent pas être confondues car, si leur objectif est identique – la protection d'une partie vulnérable – il n'en reste pas moins qu'elles n'ont pas la même portée. De fait, il existe une distinction entre l'interprétation *contra stipulatorem* et l'interprétation *contra proferentem*. Pour bien saisir cette distinction et apprécier au mieux la différence subtile de ces méthodes, il nous faut remonter aux racines latines des termes utilisés. Le terme « *stipulatorem* » découle du mot « *stipulator* » qui est « celui qui se fait faire une promesse solennelle, une obligation »²¹⁹⁷. Cette obligation peut, par exemple, consister en la remise d'une somme d'argent. L'on devine alors ici les traits de la relation créancier / débiteur. En revanche, le terme « *proferentem* » prend racine du mot « *profero* » qui ne présente pas moins de cinq sens différents. Le sens le plus adéquat à notre propos est celui « de faire paraître, de porter à la connaissance »²¹⁹⁸. Or, qui d'autre que le rédacteur du contrat, ou, plus largement, celui qui en détermine son contenu, pour porter à la connaissance de l'adhérent les termes du contrat ? Ce sont ces deux méthodes d'interprétation qui sont aujourd'hui reprises à l'article 1432 du Code civil du Québec. L'alinéa premier de la disposition reprend la règle classique de l'interprétation *contra stipulatorem* tandis que le second alinéa consacre distinctement l'interprétation *contra proferentem*. Et c'est cette méthode qui va retenir notre attention.

²¹⁹⁶ **LLUELLES (D.)**. « Les règles de lecture forcée « *contra proferentem* » et « *contra stipulatorem* » : du rêve à la réalité », *art. préc.*, p. 247.

²¹⁹⁷ Disponible en ligne sur : < <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?q=stipulator>>.

²¹⁹⁸ Disponible en ligne sur : < <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?q=profero>>.

400. Portée de l'article. L'alinéa 2 de l'article 1432 repose sur l'idée suivante : « La justification de la lecture favorable au consommateur ou à l'adhérent repose sur cette idée que c'est à celui qui a maîtrisé la conception des clauses de subir les conséquences d'une rédaction déficiente »²¹⁹⁹. Si cette disposition compte parmi les règles spéciales du contrat d'adhésion, il faut souligner que le législateur québécois n'a pas pour autant consacré une interprétation *pro adherentem*²²⁰⁰. Son objectif s'est voulu beaucoup plus large et non pas simplement cantonné aux critères de l'article 1379, alinéa 1^{er} du Code civil du Québec. C'est ainsi que les contrats de consommation, qui ne seront pas forcément conclus par adhésion, seront tout de même interprétés à l'aune de cette disposition. Or, l'interprétation de ces contrats fait déjà l'objet d'une disposition que l'on retrouve à l'article 17 de la L.P.C qui prévoit qu' : « En cas de doute ou d'ambiguïté, le contrat doit être interprété en faveur du consommateur ». Dès lors, se pose la question du dialogue entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation québécois sur laquelle nous ne manquerons pas de revenir dans le détail plus bas²²⁰¹. Ceci dit, nous pouvons d'ores et déjà souligner que l'inclusion du contrat de consommation dans le giron de la méthode d'interprétation du droit commun des contrats est qualifiée d'« heureuse » par le professeur Lluelles. Ce dernier affirme qu' : « il peut arriver, en effet, qu'une personne physique n'ait pas négocié le contrat passé avec une personne exploitant une entreprise, alors qu'elle était en situation de le faire. En ce cas, le premier alinéa de l'article 1379 exclut ce contrat de la notion de contrat d'adhésion. Néanmoins, cette personne physique, mue par un but personnel, familial ou domestique, pourra, le cas échéant, profiter de la lecture favorable due à la règle "*contra proferentem*", grâce à son statut de "consommateur civil" »²²⁰².

Enfin, selon le professeur Lluelles, l'article 1432 ne peut être que d'ordre public puisqu'il s'inscrit dans une politique de protection de la partie vulnérable au contrat²²⁰³. Il ne saurait donc être écarté par des clauses contractuelles. Un tel statut ne manque pas de soulever une interrogation : permet-il au juge de faire abstraction des autres règles d'interprétation lorsqu'il est face à un contrat d'adhésion ? C'est tout le débat qui entoure

²¹⁹⁹ LLUELLES (D.). « Les règles de lecture forcée « *contra proferentem* » et « *contra stipulatorem* » : du rêve à la réalité », *art. préc.*, p. 250.

²²⁰⁰ *Ibid.*

²²⁰¹ V. *infra* n° 498.

²²⁰² LLUELLES (D.). « Les règles de lecture forcée « *contra proferentem* » et « *contra stipulatorem* » : du rêve à la réalité », *art. préc.*, p. 249.

²²⁰³ *Ibid.*, p. 255.

l'article 1432 et son application, et qui rejoint la problématique plus générale de l'interprétation du contrat et du découpage de ses méthodes²²⁰⁴.

401. Application de l'article. Il va sans dire que l'article 1432 du Code civil du Québec ne doit s'appliquer que lorsqu'il y a une ambiguïté²²⁰⁵. Cependant, dans le cadre d'un contrat d'adhésion ou de consommation, doit-il passer au dernier plan, c'est-à-dire une fois que les autres méthodes d'interprétation auront été épuisées ? Certes, l'article 1432 se retrouve au dernier rang des règles d'interprétation. Qui plus est, et pour le redire, le droit québécois des contrats demeure un droit libéral fondé sur la liberté contractuelle et attaché à l'autonomie de la volonté malgré la nouvelle philosophie qui imprègne les dispositions sur l'interprétation, et notamment l'article 1432²²⁰⁶. Dès lors, pour suivre ce raisonnement, le juge québécois devrait toujours interpréter un contrat à la lumière de la commune intention des parties. Pour ce faire, il lui est déconseillé de préférer une méthode à une autre, et il lui est recommandé de n'user que de l'outil le plus adéquat en veillant, de préférence, à sauvegarder la commune intention des parties. Partant, selon M^e Gendron, le contrat d'adhésion ou de consommation devraient également être interprétés en fonction de cette commune intention²²⁰⁷. Mais comment pourrions-nous soutenir une telle affirmation lorsque l'on sait que le contrat d'adhésion n'est pas négocié et qu'il n'est donc pas le reflet d'une intention commune des parties ?

Le professeur Lluelles propose une solution nuancée en avançant qu' : « en cas d'échec, cependant, dans la recherche de l'intention commune, le Code prescrit de lire le texte problématique dans le sens des intérêts du débiteur ou, le cas échéant, du consommateur ou de l'adhérent »²²⁰⁸. Il ajoute que : « malgré sa sagacité, le juge peut ne pas découvrir cette volonté commune »²²⁰⁹. Cependant, le professeur Lluelles défend le caractère subsidiaire de l'article 1432²²¹⁰. Une conception suivie par certains juges québécois qui ne font application de cette disposition qu'en cas de doute irréductible et lorsqu'aucune

²²⁰⁴ Pour une autre façon de penser et de présenter les méthodes d'interprétation en droit des contrats, v. **CARON (V.)**, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, préf. MOORE (B.), Montréal : Ed. Thémis, 2016.

²²⁰⁵ **GENDRON (F.)**, *L'interprétation des contrats*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2002, p. 136 ; **LLUELLES (D.)**, « Les règles de lecture forcée « *contra proferentem* » et « *contra stipulatorem* » : du rêve à la réalité », *art. préc.*, p. 256.

²²⁰⁶ **GENDRON (F.)**, *Ibid.*, p. 13.

²²⁰⁷ *Ibid.*, p. 136.

²²⁰⁸ **LLUELLES (D.)**, *Ibid.*, p. 240.

²²⁰⁹ *Ibid.*

²²¹⁰ *Ibid.*, p. 258.

autre méthode d'interprétation n'a apporté de solutions satisfaisantes, et ce même dans le cadre de d'un contrat d'adhésion²²¹¹. Un point de vue que partage la Cour suprême du Canada qui a maintenu sa position²²¹² et récemment rappelé que les articles 1426 (recherche de la commune intention des parties) et 1427 (interprétation des clauses les unes par rapport aux autres) du Code civil du Québec s'appliquent en priorité dans l'interprétation d'une police d'assurance²²¹³.

Cependant, la solution n'a pas fait l'unanimité parmi les hauts juges. La juge Côté, adoptant un point de vue dissident, estime que dès lors que l'on se trouve face à un contrat d'adhésion, peu important qu'il s'agisse d'un contrat d'assurance, d'un contrat de droit public ou de droit privé, l'article 1432 doit s'appliquer automatiquement²²¹⁴. Un point de vue également développé par le professeur Caron, et que nous partageons. Ce dernier estime que la recherche de la commune intention des parties est tout à fait artificielle dans certains contrats, notamment d'adhésion. Selon lui, faire référence à une quelconque volonté commune relèverait d'une « vraie fumisterie »²²¹⁵. A ses yeux, il serait temps de dépasser cet attachement aveugle à une croyance erronée²²¹⁶. Pour le démontrer, le professeur Caron a entrepris d'étudier près de cinq-cents décisions de justice rendues par les juridictions québécoises pour se rendre compte que, dans la grande majorité des cas, les juges, pour interpréter les termes d'un contrat d'adhésion, avaient automatiquement recours à l'article 1432 sans passer par les autres méthodes d'interprétation²²¹⁷. Il reprend alors les propos du juge Mayrand qui estime que : « Quand une partie dicte sa volonté à l'autre, et que l'autre ne peut exprimer sa volonté, il est vain de chercher à déterminer l'intention commune des parties. C'est donc l'article 1432 du Code civil du Québec qui régit la situation »²²¹⁸. Cette disposition permet alors aux juges de trancher le litige grâce à la fonction « stylistique » de l'article qui lui confère le statut d'une formule d'autorité²²¹⁹. Cela

²²¹¹ *Gabel c. Chagnon*, 2014 QC C.A. 1997 (CanLII), § 25 ; *Samen Investments inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QC C.A. 826 (CanLII), j. Fournier, § 51.

²²¹² *Industrielle, Compagnie d'Assurance Vie c. Bolduc*, [1979] 1 R.C.S. 481 (C.S.C.), j. Dickson, p. 491 ; *Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boiler*, [1980] 1 R.C.S. 888 (C.S.C.), j. Ritchie, p. 889.

²²¹³ *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 1032 (C.S.C.), j. Wagner et Gascon, p. 1037.

²²¹⁴ *Ibid.*, p. 1077-1078.

²²¹⁵ **CARON (V.)**. « Interpréter un contrat sans rechercher l'intention commune des parties ? Illustration à l'aide de l'assurance automobile », *C. de D.*, déc. 2017, vol. 58, n° 3, p. 836.

²²¹⁶ **CARON (V.)**. *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, *op. cit.*, p. 127 et p. 192.

²²¹⁷ *Ibid.*, p. 178 et s.

²²¹⁸ *Ibid.*, p. 185.

²²¹⁹ *Ibid.*, p. 189 et s.

signifie que les juges n'ont pas à justifier leur recours à l'article puisque ce dernier s'applique d'emblée. C'est ainsi qu'en matière d'assurance automobile, l'honorable Dionne affirme que : « Même s'il y avait un doute, l'article 1432 nous dit qu'il [le contrat] s'interprète contre celui qui a stipulé [au sens rédacteur] l'obligation et, dans ce cas, c'est évidemment l'assureur soit la défenderesse »²²²⁰. Il en va de même pour le juge Godin qui estime que : « De plus, le contrat d'assurance étant un contrat d'adhésion rédigé par l'assureur, il doit s'interpréter contre lui selon les dispositions de la loi »²²²¹. Même prise de position pour la juge Sirois qui rappelle qu' : « il ne faut pas oublier la règle d'interprétation selon laquelle en matière d'assurance, toute clause ambiguë doit s'interpréter en faveur de l'assuré »²²²². Ce ne sont là que quelques arrêts rendus dans le domaine très particulier de l'assurance automobile. Néanmoins, ils ont contribué à cristalliser le débat autour de l'application de l'article 1432 du Code civil du Québec²²²³. Le contrat d'assurance étant « la boule de cristal »²²²⁴ du contrat d'adhésion, nous nous joignons aux propos du professeur Caron qui défend la thèse selon laquelle l'article 1432 doit être le premier principe d'interprétation du contrat d'adhésion²²²⁵. Pourquoi s'accrocher à voir dans un contrat non négociable une intention commune qui, par définition, n'existe même pas ? Pourquoi s'employer à en créer une de toute pièce lorsque l'article 1432 existe et est proposé au juge ? Qui plus est, sa formulation est tellement ambiguë qu'il est possible de comprendre l'expression « dans tous les cas »²²²⁶ comme ouvrant sur une règle de principe. Dans toutes les situations, pour chaque clause ambiguë d'un contrat d'adhésion ou de consommation, cette dernière s'interprète d'office

²²²⁰ *GMAC Location ltée c. La Cie d'assurance Bélair Inc.*, 2003 CanLII 21000 (QC C.Q.), § 36. Une affirmation qui ne sera pas remise en cause en appel par le juge Pelletier : *Compagnie d'assurances Bélair inc. c. GMAC Location Ltée*, 2005 QC C.A. 663 (CanLII), § 20.

²²²¹ *Chassé c. Union canadienne, compagnie d'assurances*, 1999 CanLII 12127 (QC C.S.), j. Godin, § 26.

²²²² *Robert c. Axia Assurances inc.*, 2010 QC C.Q. 10197, j. Sirois, § 19.

²²²³ **CARON (V.)**. « Interpréter un contrat sans rechercher l'intention commune des parties ? Illustration à l'aide de l'assurance automobile », *art. préc.*, p. 836. Il en va de même pour le contrat de cautionnement dont l'interprétation des dispositions soulèvent également la question de la méthode à employer. Les professeurs Bélanger et Poudrier-LeBel défendent également l'idée que l'interprétation d'un tel contrat doit se faire suivant l'article 1432 du Code civil du Québec qui doit alors devenir le premier principe d'interprétation dans le cadre du contrat d'adhésion : **BELANGER (A.)**, **POUDRIER-LEBEL (L.)**. « L'interprétation du contrat de cautionnement : une approche nouvelle quant à la formation et à la détermination du contenu du contrat », *C. de D.*, juin 2000, vol. 41, n° 2, p. 333.

²²²⁴ **CARON (V.)**. « Le contrat d'assurance, boule de cristal du contrat d'adhésion ? », *art. préc.*, p. 89. V. égal. **KESSLER (F.)**. « Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract », *art. préc.*, p. 633 et s.

²²²⁵ **CARON (V.)**. « Le contrat d'assurance, boule de cristal du contrat d'adhésion ? », *art. préc.*, p. 89. V. égal. **CARON (V.)**. *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, *op. cit.*, p. 294.

²²²⁶ **POPOVICI (A.)**. « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 158.

contre le stipulant. Il est grand temps de reconnaître qu'à travers l'article 1432, les juges font plus qu'un acte d'interprétation mais un « acte de justice »²²²⁷.

2. La reconnaissance unanime du rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat

402. Oser parler de détermination du contenu du contrat. Il est des cas où l'« acte de justice » rendu par le juge dépasse toute interprétation pour devenir une œuvre créatrice. Le contrat est alors perçu comme une « chose sociale »²²²⁸ (un *bien* social ?) placé au centre de la vie économique et sociale, récepteur et réceptacle d'un contexte et de valeurs sociales. Dès lors, le juge va rechercher des outils qui vont lui permettre « d'inventer des effets juridiques inédits »²²²⁹. Ces outils lui sont fournis par l'article 1434 du Code civil du Québec qui dispose que : « Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi ». Le juge aura alors le choix de puiser dans la loi, de s'inspirer des usages, ou encore de faire preuve d'équité. Cette dernière va s'illustrer à travers sa notion voisine, la bonne foi, qui va s'exprimer à travers sa fonction complétive et non interprétative, comme on pourrait le penser. En effet, selon la professeure Lefebvre, cela n'aurait pas de sens d'accorder à la bonne foi une fonction interprétative lorsqu'il n'existe aucune intention commune²²³⁰. Qui plus est, la bonne foi ne semble pas constituer le guide des méthodes d'interprétation du contrat reprises dans le Code civil²²³¹. Partant, il est plus judicieux de parler de fonction complétive de la bonne foi. Et l'expression est révélatrice : le juge, en utilisant la fonction complétive de la bonne foi, va... compléter le contrat en imposant des obligations à l'une ou aux deux parties. Cette fonction complétive de la bonne foi se manifeste tant au niveau de la formation du contrat que de son exécution comme nous l'avons vu précédemment lors de l'étude des arrêts fondateurs de la « nouvelle moralité contractuelle »²²³². En effet, ces décisions sont l'illustration la plus éclatante du

²²²⁷ GENDRON (F.). *L'interprétation des contrats*, *op. cit.*, p. 14.

²²²⁸ *Ibid.*, p. 109.

²²²⁹ POUDRIER-LEBEL (L.). « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », *R.J.T.*, 1993, vol. 27, n° 2, p. 587.

²²³⁰ LEFEBVRE (B.). « La bonne foi : notion protéiforme », *art. préc.*, p. 343.

²²³¹ *Ibid.*

²²³² V. *supra* n°s 271 et s. et n° 275.

pouvoir créateur du juge²²³³. Dans chacun des cas d'espèce, le juge a dépassé l'opération d'interprétation pour venir déterminer le contenu du contrat. L'expression est sans appel : le juge détermine, c'est-à-dire qu'il fixe, précise, refait, révisé²²³⁴, le contenu du contrat.

403. Reconnaître l'activité créatrice du juge. Ce pouvoir de révision n'est pas nouveau et existait déjà sous l'empire de l'article 1024 du Code civil du Bas-Canada que nous avons eu l'occasion de rencontrer plus haut²²³⁵. Déjà en 1965, le professeur Paul-André Crépeau n'avait pas hésité à parler d'*imperium* du juge²²³⁶. Un *imperium* que les juges québécois n'avaient aucune raison de craindre et d'éviter puisque le législateur québécois, en promulguant l'article 1024, les intimait d'user quand cela leur paraissait nécessaire²²³⁷. Cependant, si le professeur Crépeau reconnaissait ce pouvoir d'un genre nouveau, il le rattachait encore à l'opération d'interprétation. En ce sens, il précisera, à plusieurs reprises, que l'article 1024 du C.c.B.-C. fournit les « directives qui doivent obligatoirement guider l'interprète et les tribunaux dans la recherche du contenu du lien contractuel »²²³⁸ et « impose à l'interprète et aux tribunaux le devoir d'incorporer au cercle contractuel les obligations implicitement assumées »²²³⁹. Aux yeux du professeur Crépeau, l'article 1024 permettait au juge de suppléer aux silences des parties qui ont pu omettre des choses lors de la conclusion de leur contrat. L'*imperium* du juge serait donc toujours plus ou moins lié à la volonté des parties dont il ne pourrait totalement se défaire. Son rôle se limiterait à « dépli[er] le contrat, [à] l'auscult[er] pour y déceler les obligations implicites qui découlent de la nature même du contrat ou qui résultent de l'équité, des usages, ou de la loi »²²⁴⁰.

²²³³ LEFEBVRE (B.). « La bonne foi : notion protéiforme », *art. préc.*, p. 344-345 ; POUDRIER-LEBEL (L.). « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », *art. préc.*, p. 588 et s.

V. égal. Banque Toronto-Dominion c. Brunelle, 2014 QC C.A. 1584 (CanLII), j. Gagnon, § 94 et s. : Au cas d'espèce, le juge ne va pas créer d'obligation qui, sinon, aurait alourdi le contenu du contrat. Il décide, au contraire, de réviser le contrat en allégeant son contenu obligationnel.

²²³⁴ LEFEBVRE (B.). « La bonne foi : notion protéiforme », *art. préc.*, p. 343 ; LEGRAND, jr (P.). « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », *R.D.U.S.*, 1991, vol. 22, n° 1, p. 111 et p. 128 et s.

²²³⁵ V. *supra* n° 272.

Art. 1024 C.c.B.-C. : « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi ».

²²³⁶ CREPEAU (P.-A.). « Le contenu obligationnel d'un contrat », *R. du B. Can.*, mars 1965, vol. 43, n° 1, p. 22.

²²³⁷ *Ibid.*

²²³⁸ *Ibid.*, p. 3.

²²³⁹ *Ibid.*, p. 5.

²²⁴⁰ *Ibid.*, p. 6.

De fait, « la thèse de l'obligation implicite comme lecture de la volonté tacite des parties a un petit côté pomme d'api qui fait sourire »²²⁴¹. Malheureusement, cette thèse masque la dynamique qui existe entre les sphères contractuelle et judiciaire. Elle fait la part belle à une théorie fondée sur les apparences et que la doctrine québécoise, attachée – consciemment ou non – au principe de l'autonomie de la volonté, n'a jamais totalement remise en cause. Or, nous rejoignons le point de vue du professeur Legrand qui estime que le juge fait bien plus que simplement ausculter le contrat et déceler son contenu soi-disant implicite²²⁴². Comme lui, nous soutenons que l'on ne peut définitivement pas retenir le langage de l'interprétation qui sous-entendrait que les obligations existaient déjà alors que ce n'est absolument pas le cas. « Comment, en effet, prêter à un débiteur une intention, au moment de la formation du contrat, de sciemment alourdir son fardeau obligationnel lorsque, par ailleurs, les circonstances ne révèlent l'existence d'aucune contrepartie qui le justifierait de procéder ainsi ? Ne sommes-nous pas confrontés ici à une pratique singulièrement divinatoire et n'ayant que fort peu à voir avec la réalité contractuelle ? »²²⁴³. Selon le professeur Legrand, le juge s'emploie à une véritable action créative complètement détachée de la commune volonté des parties, si tant est qu'il y en est une. Car, en effet, très souvent, seules les attentes d'une seule partie seront exaucées, l'autre étant la seule à supporter une obligation créée de toutes pièces.

404. Une telle détermination du contenu du contrat par le juge dépasse toute forme de justice distributive²²⁴⁴, voire même de justice commutative. Comme nous l'avons vu, l'une

²²⁴¹ **LEGRAND jr (P.)**. « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », *art. préc.*, p. 144. Cette remarque de l'auteur se comprend mieux à la lumière de la pensée et du style du professeur Crépeau. Tout en invitant les tribunaux à créer des obligations implicites, l'auteur justifie l'existence desdites obligations en se fondant sur la nature du contrat. Le professeur Crépeau « demeure donc dans la perspective volontariste, puisque si ces obligations sont imposées aux contractants, c'est parce qu'elles doivent avoir été voulues (sans quoi le contrat n'existerait pas) », écrit la professeure Charpentier (**CHARPENTIER (E.)**). « A la recherche du juste : une présentation de Paul-André Crépeau, "le contenu obligationnel d'un contrat" », in *Les grands textes*, Coll. Les grands classiques du droit civil, LEFEBVRE (B.), MOORE (B.), Montréal : Ed. Thémis, 2018, p. 312-313). C'est ce point de vue ambivalent qui est critiqué par la doctrine. Toutefois, cette ambivalence trouve une explication à travers deux remarques. Tout d'abord, il faut comprendre que l'objectif du professeur Crépeau était de parvenir au juste, peu important le moyen. Fonder sa théorie sur la nature du contrat était une façon d'arriver à promouvoir la justice contractuelle. Ensuite, il semblerait que le professeur Crépeau était tout à fait conscient que les tribunaux ne créaient pas les obligations implicites à partir de la volonté des parties mais très certainement de l'équité. Or, l'auteur savait également combien les tribunaux étaient prudents dans la manipulation et l'application de l'équité. Construire son argumentation sur les principes de la théorie classique de l'autonomie de la volonté avait pour but de rassurer les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir et de légitimer la création des obligations implicites (**CHARPENTIER (E.)**, *Ibid.*, p. 320-321).

²²⁴² **LEGRAND jr (P.)**. *Ibid.*, p. 129.

²²⁴³ *Ibid.*, p. 130.

²²⁴⁴ *Ibid.*, p. 143.

des parties peut se retrouver avec plus d'obligations à charge que l'autre. Dès lors, l'on pourrait penser qu'il s'agit d'une sorte de justice commutative « compensatrice » qui, en contrepartie d'une adhésion à un contrat, permet de rééquilibrer la position de force des parties.

3. La dérangeante question de la théorie des attentes légitimes

405. Une réception définitive de la théorie des attentes légitimes ? L'opération d'interprétation *contra proferentem* et de détermination du contenu du contrat effectuée par le juge québécois est intimement liée à la prise en compte, par ce dernier, des intérêts de l'adhérent, et plus particulièrement de ses attentes. Même si elle n'est pas parvenue à franchir le cap de l'Avant-projet de réforme du Code civil du Québec, la théorie des attentes légitimes continue, encore aujourd'hui, de diviser tant les juges que la doctrine. La proposition de son insertion ayant, en effet, provoqué un véritable tollé, le législateur québécois a finalement décidé de ne pas intégrer la théorie au sein du Code civil²²⁴⁵. Jugée trop floue, trop ambiguë, carrément subjective et un poil discrétionnaire, elle a surtout suscité l'improbation en raison de son origine étrangère au droit civil québécois²²⁴⁶.

Populaire aux Etats-Unis²²⁴⁷, la théorie des attentes légitimes n'a pas manqué de traverser la frontière pour gagner les provinces canadiennes de *common law*. Elle a rapidement trouvé sa place dans un droit des contrats canadien prompt à protéger les « *expectations* » des parties au contrat, peu important la nature de l'« *expectation* » et la raison qui la fonde²²⁴⁸. Cette défense se trouve être renforcée lorsque l'une des parties au contrat est tributaire d'une protection plus importante en raison de sa position inégale au sein de la relation contractuelle. Dans ce cas, le droit canadien des contrats n'hésite pas à préférer l'« *expectation* » de la partie faible sur celle de la partie forte²²⁴⁹. Cela dit, il est important de souligner que la théorie des *expectations* canadienne n'est pas une pâle copie de son homologue américaine. En effet, les juges canadiens n'ont pas manqué d'adapter cette théorie à leur culture juridique. C'est ainsi qu'en 1979, dans ce qui est considéré comme

²²⁴⁵ LLUELLES (D.), « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnables”) dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? est-ce raisonnable ? », in *Mélanges Jean Pineau*, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 415.

²²⁴⁶ Pour un historique complet et détaillé de l'insertion de la théorie en droit civil québécois, et en droit canadien des contrats, v. GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, thèse Picardie-Jules Verne, 2008, p. 229 et s.

²²⁴⁷ *Ibid.*, p. 157 et s.

²²⁴⁸ SWAN (A.), ADAMSKI (J.), *Canadian Contract Law*, 3^e éd., Markham : Lexis Nexis, 2012, p. 15, n° 1.27.

²²⁴⁹ *Ibid.*, p. 16, n° 1.28.

l'arrêt ayant permis d'intégrer pleinement la théorie au sein du droit des contrats canadien²²⁵⁰, la Cour suprême du Canada a précisé que le contractant, en l'espèce un assuré, ne pouvait tout attendre du contrat si bien que ses attentes étaient limitées par ce qu'était capable d'offrir le contrat²²⁵¹.

Malgré la mise en place d'un cadre d'application réfléchi et consciencieux, la théorie des attentes légitimes canadienne ne semble pas avoir totalement convaincu les acteurs du droit civil québécois. Ce qui fera écrire au professeur Guerlin que : « l'exemple du Québec semble osciller entre la demi-teinte et l'échec »²²⁵². En effet, la jurisprudence semble divisée car certains juges n'hésitent pas à recourir à la théorie des attentes légitimes, notamment en matière d'interprétation. La théorie se présente ici sous sa dimension minimale²²⁵³. Loin de déroger au droit classique des contrats, elle vient, au contraire, le conforter en complétant l'interprétation *contra proferentem*. Les juges ont donc recours à cette théorie en cas d'ambiguïté de la clause et lorsqu'ils sont amenés à interpréter le contrat en faveur de l'adhérent et/ou du consommateur. Encore une fois, c'est en matière d'assurance que la théorie des attentes légitimes trouve sa place au côté de l'interprétation²²⁵⁴. C'est ainsi que la Cour du Québec affirme dans la décision *Wofford* que le juge peut « interpréter le contrat selon les attentes de l'adhérent, c'est-à-dire selon la théorie de l'attente raisonnable, expressément appliquée en droit canadien et québécois, particulièrement en matière d'assurance »²²⁵⁵. Une telle affirmation n'est pas sans rappeler la motivation de l'honorable juge La Forest dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada en 1989 qui décidait qu' : « En d'autres termes, les tribunaux doivent être guidés, dans l'interprétation d'une police d'assurance, par les attentes légitimes d'une personne ordinaire et le but raisonnable qu'elle se fixe en concluant un tel contrat »²²⁵⁶. Des solutions qui ne resteront pas isolées et qui seront, par la suite, reprises²²⁵⁷.

²²⁵⁰ *Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boiler*, arrêt préc. note n° 2212.

²²⁵¹ **GUERLIN (G.)**. *L'attente légitime du contractant*, *op. cit.*, p. 233-234.

²²⁵² *Ibid.*, p. 230.

²²⁵³ **LLUELLES (D.)**. « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnables”) dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? est-ce raisonnable ? », *art. préc.*, p. 411-412.

²²⁵⁴ **GUERLIN (G.)**. *L'attente légitime du contractant*, *op. cit.*, p. 293 et s.

²²⁵⁵ *Wofford c. Boréal Insurance inc.*, [1995] R.R.A. 811.

²²⁵⁶ *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445 (C.S.C.), p. 1454.

²²⁵⁷ V., par ex., *Immobilière (L), société d'évaluation conseil inc. c. Evaluations BTF inc.*, 2009 QC C.A. 1844 (CanLII), j. Chamberland, § 221 ; *Desjardins c. L'Excellence, compagnie d'assurance-vie*, 2003 CanLII 54573 (QC C.S.), j. Godin, § 41 et s.

Cela laisse à penser que la théorie des attentes légitimes est particulièrement intéressante, voire appropriée, pour le contrat d'assurance et, par extension, pour le contrat d'adhésion. Elle pourrait, en effet, permettre de rééquilibrer un contrat frappé d'inégalité en privilégiant les attentes de l'adhérent sur celles du stipulant. Partant, la balance des pouvoirs serait quelque peu rétablie, et l'adhérent, moins lésé. Il va de soi que le stipulant aura tout mis en œuvre pour protéger d'abord et avant tout ses intérêts et ses attentes. Mais cela ne veut pas dire qu'il faille déposséder l'adhérent des siennes. Ce dernier, et même s'il n'a fait que l'accepter, est aussi partie au contrat et nourrit des attentes par rapport à ce dernier. Dès lors, il n'y a aucune raison qui puisse justifier que ses attentes soient moins protégées. La théorie des attentes légitimes, à travers l'interprétation *contra proferentem*, permettrait de garantir la réalisation desdites attentes.

406. Un accueil mitigé. La dimension minimale de la théorie ne semble toutefois pas faire l'unanimité au Québec si bien que certains juges n'hésitent pas à lui faire barrage²²⁵⁸. A leurs yeux, le Code civil du Québec comprend tous les outils nécessaires à l'interprétation du contrat, même d'adhésion, sans qu'il y ait besoin de recourir à un outil provenant de la *common law*. Côté doctrine, les auteurs sont également assez méfiants. Si la dimension minimale de la théorie ne semble pas créer de remous, il en va autrement pour sa dimension maximale. *A contrario* de la première, cette seconde dimension permet le forçage d'un texte clair et dépourvu de toute ambiguïté²²⁵⁹. En ce sens, elle se rapproche beaucoup de la problématique des clauses abusives pour laquelle elle sert parfois, officieusement, de support. La dimension maximale est jugée inacceptable et extrêmement critiquable²²⁶⁰. C'est pourquoi le champ d'application de la théorie s'est vu être limité par la Cour suprême du Canada qui ne retient la théorie des attentes légitimes que dans sa dimension minimale. En conséquence, la Cour suprême, dans la continuité de la jurisprudence *Scott*, n'emploie la

²²⁵⁸ *Affiliated FM Insurance Company c. Hafner inc.*, 2006 QC C.A. 465 (CanLII), j. Chamberland, § 47 : « D'abord, il ne devrait pas être nécessaire que les parties à un contrat d'assurance formé au Québec s'en remettent à une doctrine inspirée de la common law quand elles sont confrontées à un texte ambigu » (le juge Chamberland adopte ici une position différente de celle qu'il tiendra quelques années plus tard car la théorie des attentes légitimes a été utilisée seule par le juge de première instance, sans recours à un quelconque article du Code civil, et surtout pas à l'article 1432) ; *Cairns c. Canada Life Assurance Company*, 2008 QC C.S. 729 (CanLII), j. Guthrie, § 35 : « This Court shares the opinions of Justice Chamberland and Mtre Pichette (qui juge la théorie de l'attente raisonnable « douteuse et précaire ») to the effect that the doctrine of reasonable expectations is not needed as an additional tool for interpreting insurance contracts in Québec ».

²²⁵⁹ **LLUELLES (D.)**. « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnables”) dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? est-ce raisonnable ? », *art. préc.*, p. 412.

²²⁶⁰ *Ibid.*, p. 416.

théorie qu'en cas d'interprétation du contrat, c'est-à-dire uniquement lorsqu'il y a ambiguïté²²⁶¹.

Ainsi, le professeur Lluelles n'hésite pas à reconnaître que la théorie des attentes légitimes mérite d'être prise en compte en ce qu'elle répond à un besoin du droit²²⁶². Loin d'être inintéressante, cette théorie doit pourtant être utilisée avec précaution et parcimonie car son redoutable danger réside dans l'attrait même de son application. Facile à appliquer, la théorie pourrait éclipser les règles d'interprétation contenues dans le Code civil. Selon le professeur Lluelles, la théorie devrait rester un « indice circonstanciel »²²⁶³, une béquille pour le juge lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat d'adhésion, afin que le « génie du droit civil » demeure protégé contre toute incursion des subtilités de la *common law*²²⁶⁴...

407. Qu'elle soit défendue ou, au contraire, critiquée, la théorie des attentes légitimes permet à tout le moins de mettre en lumière le rôle que tient aujourd'hui le juge au sein de la relation contractuelle. En effet, ce dernier ne se contente plus seulement d'interpréter le contrat mais vient construire ou reconstruire la relation contractuelle en *déterminant* les attentes, conscientes ou non, des parties. Sa mission dépasse alors largement celle de remédier à une ambiguïté du contrat. Cette affirmation est corroborée par le pouvoir de police octroyé au juge dans le contrôle du contenu du contrat. Or, ce pouvoir de police n'a pas encore été pleinement embrassé par les juges québécois qui restent extrêmement modérés dans son utilisation.

B. Une police du juge progressive

408. Il s'en est fallu de peu pour que l'article 1437 du Code civil du Québec ne voit jamais le jour et soit relégué au rang des oubliettes du Projet de Réforme du Code civil du Québec. L'on s'en souvient, la réforme québécoise aurait pu prendre une tournure bien différente et s'éloigner du nouvel objectif poursuivi par un droit des contrats encore farouchement

²²⁶¹ *Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029 (C.S.C.) ; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252 (C.S.C.).

²²⁶² **LLUELLES (D.)**. « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnables”) dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? est-ce raisonnable ? », *art. préc.*, p. 420.

²²⁶³ *Ibid.*, p. 417.

²²⁶⁴ **LLUELLES (D.)**. « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnables”) dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? est-ce raisonnable ? », *art. préc.*, p. 420.

attaché à la liberté contractuelle²²⁶⁵. Le débat soulevé par son introduction ne s'est pas apaisé lors de sa consécration au sein du Code civil du Québec. Près de trente ans après son adoption, l'article 1437 continue d'agiter une doctrine toujours divisée²²⁶⁶ et constitue encore un défi de taille pour la pratique judiciaire²²⁶⁷. Si elle fait encore couler beaucoup d'encre, c'est parce que cette disposition se présente comme étant l'« icône » de la « nouvelle moralité contractuelle », surtout depuis que la lésion « fut sacrifiée sur l'autel de la liberté contractuelle »²²⁶⁸. Outre la question de sa frontière très poreuse avec la lésion (2.), l'article 1437 soulève encore des interrogations quant à son application (1.) et son avenir (3.).

1. La prépondérance de l'approche pragmatique sur l'approche morale de l'article 1437 du Code civil du Québec

409. Les caractères de l'approche pragmatique. L'article 1437 se compose de deux alinéas qui se lisent comme suit : « La clause abusive d'un contrat de consommation est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible./ Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; est abusive, notamment la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ». Le défi pour la jurisprudence dans l'application de cet article a été, et est encore aujourd'hui, de trouver un juste milieu entre la justice contractuelle et la stabilité des contrats, équilibre que n'a cessé de défendre la doctrine québécoise²²⁶⁹. Cet équilibre se traduit, tout d'abord, dans les sanctions mises à la disposition du juge lorsque ce dernier qualifie une clause d'abusives. Il peut soit en prononcer la nullité, soit la réduire. Ces deux sanctions ne sont pas anodines. La première renvoie à une nullité relative, c'est-à-dire que seule la partie se plaignant du caractère abusif d'une clause pourra en demander la nullité²²⁷⁰. Cette dernière ne peut qu'affecter la clause seule sauf si le contrat « doit être considéré

²²⁶⁵ V. *supra* n^{os} 222 et s. ; n^{os} 228 et s.

²²⁶⁶ **MOORE (B.)**. « Les clauses abusives : dix ans après », *R. du B.*, 2003, vol. 63, n^o 1, p. 59.

²²⁶⁷ **JOBIN (P.-G.)**. « Les clauses abusives », *R. du B. Can.*, sept. 1996, vol. 75, n^o 3, p. 504.

²²⁶⁸ **MOORE (B.)**. *Ibid.*, p. 63.

²²⁶⁹ **JOBIN (P.-G.)**. « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *C. de D.*, mars 2006, vol. 47, n^o 1, p. 10 et s. V. égal. du même auteur : « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », in *Mélanges Paul-André Crépeau*, Montréal : Ed. Y. Blais, 1997, p. 417 ; **LEMIEUX (M.)**. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *C. de D.*, sept. 2001, vol. 42, n^o 3, p. 861 ; **MOORE (B.)**. « Les clauses abusives : dix ans après », *art. préc.*, p. 73.

²²⁷⁰ **LLUELLES (D.)**, **MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1061-1062, n^o 1874.

comme un tout indivisible »²²⁷¹. La seconde sanction permet une plus grande intervention du juge au sein du contrat car elle lui permet de modifier la clause. Or, cette intervention se fait à l'avantage de la stabilité contractuelle car la modification de la clause par le juge aura pour conséquence de maintenir le contrat²²⁷². Ensuite, l'exigence d'équilibre se manifeste quand vient le moment d'évaluer le caractère abusif d'une clause.

Une frange de la jurisprudence estime que le critère abusif d'une clause s'apprécie au moment de la formation du contrat²²⁷³ car c'est à ce moment précis que la confiance accordée par l'adhérent est susceptible d'avoir été trompée par le stipulant²²⁷⁴. Ceci dit, les juges québécois ont nuancé ce principe en appréciant également la clause au moment de l'exécution du contrat. Que l'on se situe au moment de la formation du contrat ou à celui de son exécution, l'appréciation du caractère abusif de la clause ne sera pas la même. Se placer au moment de la formation du contrat suppose d'adopter une approche abstraite – *in abstracto* – qui permet de qualifier une clause abusive *in se*²²⁷⁵. Apprécier l'exécution du contrat invite, au contraire, les juges à adopter une approche *in concreto* en tenant compte du contexte contractuel et des conséquences de la mise en œuvre du contrat sur l'adhérent. Il en va, par exemple, d'un contrat de location d'un logement situé dans un établissement coopératif dont le règlement de copropriété, tout comme le contrat, présentaient une clause qui interdisait la présence d'animaux dans les parties communes et privatives. Une locataire avait toutefois pris possession d'un petit chat pour aider sa fille atteinte de troubles comportementaux et d'anxiété. Si le juge Lortie reconnaît que cette clause n'est pas en soi abusive, elle le devient au vu des circonstances particulières des faits de l'espèce entourant l'exécution du contrat. Il n'y avait aucun caractère déraisonnable à posséder un petit chat pour veiller à la santé et au bien-être d'une enfant²²⁷⁶. Une telle approche n'est pas sans poser de difficultés. Certains estiment qu'un tel procédé risquerait de se confondre avec la notion d'abus de droit, ou encore d'imprévision²²⁷⁷. Cependant, et comme nous l'avons déjà mentionné, l'imprévision n'a pas été consacrée en droit des contrats québécois. Or,

²²⁷¹ Art. 1438 C.c.Q. : « La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doit être considéré comme un tout indivisible ».

²²⁷² **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1063, n° 1875.

²²⁷³ **MOORE (B.)**. *Ibid.*, p. 71.

²²⁷⁴ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1022, n° 1812 ; **CROTEAU (N.)**. « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 407.

²²⁷⁵ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Ibid.*, p. 1037, n° 1841.

²²⁷⁶ *J.L. c. Coopérative de l'Ebène*, 2004 CanLII 47995 (QC C.Q.), j. Lortie, § 69 et 78.

²²⁷⁷ **LLUELLES (D.), MOORE (B.)**. *Ibid.*, p. 1038, n° 1843.

certaines estiment que permettre au juge de modifier ou d'annuler une clause en raison des conséquences qu'elle peut avoir sur la situation personnelle de l'adhérent reviendrait à être une révision pour imprévision déguisée. Cela étant dit, l'appréciation des conséquences d'une clause potentiellement abusive sur la situation personnelle de l'adhérent et la révision des termes du contrat en raison d'un changement brutal et imprévisible du prix, entre autres, des matières premières nous semble être deux choses bien différentes. Il semble logique, dans certains cas, de tenir compte des circonstances des faits de l'espèce, et notamment de la situation personnelle de l'adhérent, pour qualifier une clause d'abusives. Pour autant, la jurisprudence québécoise va se montrer prudente et privilégier l'évaluation de la clause abusive au moment de la formation du contrat.

410. L'application de l'approche pragmatique. C'est l'honorable Baudouin qui donne la marche à suivre dans le célèbre arrêt *Kabakian-Kechichian*²²⁷⁸ qui deviendra le mode d'emploi de l'article 1437. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de parrainage qui permettait à une personne ne pouvant suivre la procédure d'immigration traditionnelle de rejoindre un parent résidant au Québec. Ce dernier avait à charge de subvenir aux besoins de première nécessité du membre de sa famille accueilli pendant une période précisée au contrat. En l'espèce, il s'agissait d'une période de dix ans. Après deux ans de parrainage, la marraine se plaint de ne plus pouvoir subvenir aux besoins de sa famille et estime abusive la clause temporelle du contrat de parrainage. Selon l'honorable Baudouin, une clause peut être qualifiée d'abusives dès lors qu'elle désavantage de façon excessive et déraisonnable l'adhérent et qu'elle porte atteinte au principe de bonne foi. Cette excessivité s'apprécie à la fois en fonction d'un critère objectif, c'est-à-dire au vu de l'ensemble du contrat et des circonstances qui l'entourent, et d'un critère subjectif, c'est-à-dire en fonction de la situation dans laquelle se trouve l'adhérent²²⁷⁹. Aux yeux de l'honorable Baudouin, la clause litigieuse du contrat de parrainage n'a rien d'abusif car il n'est « pas déraisonnable d'exiger que ces personnes [celles ne pouvant suivre la procédure d'immigration traditionnelle] ne soient pas à la charge de la société pendant une certaine période de temps »²²⁸⁰. Cette clause serait telle « prix minime à payer pour l'exercice d'un privilège permettant, d'une part, la

²²⁷⁸ *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, 2000 CanLII 7772 (QC C.A.), j. Baudouin.

²²⁷⁹ *Ibid.*, § 55.

²²⁸⁰ *Ibid.*, § 58.

réunification et, d'autre part, l'accessibilité aux divers services de l'Etat »²²⁸¹. Qui plus est, la marraine savait depuis le début à quoi elle s'était engagée. Un changement dans sa situation financière personnelle ne l'excuse pas de prendre soin des besoins de première nécessité de sa famille.

Cette solution sera reprise dans deux arrêts de la Cour d'appel du Québec en 2007 et 2009 qui précisent alors la portée de l'arrêt *Kabakian*. En effet, les juges de la Cour d'appel qualifient une clause d'abusives dès lors que celle-ci est « choquante »²²⁸². Une clause qui serait simplement « regrettable »²²⁸³ pour l'adhérent ne suffit pas à lui faire porter le qualificatif de clause abusive. Depuis, les juges québécois ont ajouté à ce mode d'emploi d'autres critères que sont, entre autres, le comportement des parties²²⁸⁴, mais aussi la réciprocité, ou la commutativité, qui existent entre les droits et obligations des parties²²⁸⁵. C'est ainsi qu'une clause de résiliation unilatérale avec préavis insérée dans un contrat de distribution n'est pas abusive car peut être exercée à tout moment par les deux parties. Les juges québécois ont également été attentifs aux pratiques courantes de l'industrie. Autrement dit, si une clause litigieuse déroge aux usages et coutumes d'un domaine particulier, il y a de fortes chances pour que cette clause soit qualifiée d'abusives. Hydro-Québec en a fait les frais en 2001 concernant une clause non seulement limitative mais carrément exonératoire de tous cas de responsabilité possible. Or, une telle clause ne se retrouvait pas dans les contrats des autres fournisseurs d'électricité du Canada et portait atteinte au principe fondamental du droit civil québécois qu'est le principe de responsabilité. Ladite clause fut alors qualifiée d'abusives par le juge Fish²²⁸⁶. Pour autant, une clause standard, même si elle est reprise par divers professionnels dans des contrats différents, ne

²²⁸¹ *Ibid.*, § 57.

²²⁸² *Ford du Canada Ltée c. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QC C.A. 1541 (CanLII), § 84.

²²⁸³ *Latreille c. Industrielle Alliance (L.)*, compagnie d'assurance sur la vie, 2009 QC C.A. 1575 (CanLII), j. Duval Hesler, § 36-37.

²²⁸⁴ *151276 Canada inc. c. Verville*, 1994 CanLII 3701 (QC C.S.), j. Hutubise, § 26 et s. ; *Blais c. IIT Canada Finance inc.*, 1995 CanLII 3807 (QC C.S.), j. Cliche, § 21.

²²⁸⁵ *Bertrand Equipements inc. c. Kubota Canada Ltée*, 2002 CanLII 31888 (QC C.S.), j. Crête, § 25-28 ; *Cliche c. Société en commandite Aéroplan*, 2007 QC C.Q. 7803 (CanLII), juge Lemoine, § 28 et s. ; *9018-5646 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec*, 2008 QC C.S. 5831 (CanLII), j. Décarie, § 43. **LEFEBVRE (B.)**. « L'affaire Dell : réflexions sous l'angle du droit civil », *art. préc.*, p. 403, n° 24 et s. Sur cette question, v. part. **GRAMMOND (S.)**. « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », *C. de D.*, mars 2010, vol. 51, n° 1, p. 83.

²²⁸⁶ *Allendale Mutual Insurance Co c. Hydro-Québec*, 2001 CanLII 14721 (QC C.A.), j. Fish, § 18 et 29. V. égal. : *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction*, arrêt préc. note n° 1950, p. 37-38.

la protège pas de l'article 1437. « En effet, il peut arriver qu'une clause soit répréhensible bien que couramment stipulée, spécialement dans un contrat d'adhésion »²²⁸⁷.

Outre la réciprocité entre les droits et obligations des parties, l'article 1437 vise également à « saisir les entorses à la réciprocité de l'échange »²²⁸⁸. C'est pourquoi d'aucun peut avoir l'impression « que le mécanisme de l'article 1437 repose sur une approche essentiellement économique »²²⁸⁹ destinée à « contrer la cupidité ». Nombre d'arrêts illustrent ce constat car tiennent compte de « l'équilibre économique entre les parties »²²⁹⁰, voire de « l'économie générale du contrat »²²⁹¹.

411. Une approche morale implicite. Si l'approche économique semble prépondérante, l'article 1437 recouvre bien plus que cela. N'oublions pas qu'il est le symbole de la « nouvelle moralité » du droit québécois des contrats. En ce sens, et comme l'avait déjà souligné l'honorable Baudouin, l'article 1437 repose sur le principe de bonne foi. « De façon sous-jacente, on trouve au cœur même de l'article 1437 C.c.Q. l'idée fondamentale que, parce qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion, celui-ci ne doit pas devenir un instrument d'exploitation du plus fort pour le plus faible »²²⁹². Et lorsque les juges ne font pas usage de l'article 1437 pour qualifier une clause d'abusives, il n'est pas étonnant de les voir aller sur le terrain du principe général de bonne foi²²⁹³. Cette dernière « paraît alors donner l'étalon de mesure du caractère abusif d'une clause [...]. Or, placé sous l'égide de la bonne foi, le contrôle des clauses abusives ne peut se dégager de la coloration morale de la

²²⁸⁷ **JOBIN (P.-G.), VEZINA (N.).** *Les obligations*, BAUDOUIN (J.-L.), JOBIN (P.-G.) (dir.), 7^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 2013, p. 241-242, n° 148. *Contra* : *Beaulne c. Valeurs Mobilières Desjardins inc.*, 2013 QC C.A. 1082 (CanLII), § 23-24 ; *Latreille c. Industrielle Alliance (L'), compagnie d'assurance sur la vie*, arrêt préc. note n° 2283, § 15 et s.

²²⁸⁸ **TORRES-CEYTE (J.).** « Le contrôle des clauses abusives en droit québécois : entre protection contre la cupidité et stigmatisation de l'esprit de prévarication », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, *op. cit.*, p. 117.

²²⁸⁹ *Ibid.*, p. 116.

²²⁹⁰ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction*, arrêt préc. note n° 1950, p. 45 ; *Beaulne c. Valeurs Mobilières Desjardins inc.*, arrêt préc. note n° 2287, § 24 ; *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QC C.A. 1496 (CanLII), j. Vézina et Bélanger, § 166 ; *Rogers Communication, s.e.n.c. c. Brière*, 2016 QC C.A. 1497 (CanLII), j. Vézina et Bélanger, § 87-88.

²²⁹¹ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction*, arrêt préc. note n° 1950, p. 45.

²²⁹² *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, arrêt préc. note n° 2278, § 53.

²²⁹³ *Pagé Construction, div. Simard-Beaudry c. Trois-Rivières-Ouest (Corp. municipale de la Ville)*, 1998 CanLII 11386 (QC C.S.), j. Babin, § 47.

notion dans notre droit »²²⁹⁴. Le juge va, au final, porter un « jugement de valeur »²²⁹⁵ sur le comportement d'un Homme.

2. L'article 1437, ou le fantôme de la lésion

412. Une « version édulcorée »²²⁹⁶ de la lésion ? Que l'on observe l'article 1437 à travers la lorgnette d'une approche pragmatique ou morale, ce dernier n'a de cesse de frôler la notion de lésion. Mais est-il cependant le fantôme de cette dernière ? L'on s'en souvient, contrairement aux projets de réforme français, l'introduction de la lésion dans le Code civil du Québec avait été suggérée lors de sa réforme. Si la définition existe toujours à l'article 1406²²⁹⁷, son application a été muselée par l'article 1405²²⁹⁸ qui illustre la marche arrière opérée par le législateur québécois. Un revirement de situation encore difficile à accepter aujourd'hui pour une partie de la doctrine québécoise. En conséquence, certains auteurs voient, ou cherchent à voir, dans l'article 1437 un détournement de l'article 1405²²⁹⁹. De par sa rédaction très générale et son vocabulaire très proche de l'article 1406, la distinction entre les clauses abusives et la lésion est plus que nébuleuse et fait vivre l'espoir. Selon ces auteurs, la lésion sacrifiée ressusciterait à travers le contrôle des clauses abusives qui se veut large car il englobe non seulement les clauses secondaires du contrat mais également les éléments principaux de ce dernier, c'est-à-dire ses « stipulations essentielles ». L'on retombe ici sur la difficile compréhension de ce que sont les « stipulations essentielles » du contrat d'adhésion. Sont-elles uniquement les éléments essentiels du contrat ? Recouvrent-elles des clauses secondaires cependant vitales à ce dernier ? Tout dépend finalement de ce que l'on entend par « stipulations essentielles » et de ce que l'on souhaite viser par le qualificatif de « clause abusive ». La jurisprudence n'aide pas à lever le voile sur cette question extrêmement floue

²²⁹⁴ **TORRES-CEYTE (J.)**. « Le contrôle des clauses abusives en droit québécois : entre protection contre la cupidité et stigmatisation de l'esprit de prévarication », *art. préc.*, p. 120.

²²⁹⁵ *Ibid.*

²²⁹⁶ **GUILLEMARD (S.)**. « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », *R. du B.*, 1999, vol. 59, n° 2, p. 391.

²²⁹⁷ Art. 1406 C.c.Q. : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation ».

²²⁹⁸ Art. 1405 C.c.Q. : « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés ».

²²⁹⁹ **CHARPENTIER (E.)**. « Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du Code civil du Québec », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin, op. cit.*, p. 255 ; **CROTEAU (N.)**. « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *art. préc.*, p. 410 et s. ; **GUILLEMARD (S.)**. « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », *art. préc.*, p. 375 et s. ; **PINEAU (J.)**. « Théorie des obligations », *art. préc.*, p. 98, n° 85.

car, soit elle laisse planer le doute sans adopter une position claire²³⁰⁰, soit elle opère une distinction tranchée entre clause abusive et lésion²³⁰¹, ou soit elle confond les deux articles et appliquent simultanément la lésion et l'article 1437 du Code civil du Québec²³⁰². En ce sens, nous nous joignons aux propos de la professeure Lefebvre : le débat n'est certainement pas clos²³⁰³.

413. De la nécessité de distinguer la clause abusive de la lésion. Nous pouvons penser, avec une partie de la doctrine, qu'il est important de distinguer la lésion des clauses abusives²³⁰⁴. En effet, malgré leurs indubitables points communs, l'objectif de ces notions n'est pas le même. Partant, leur champ d'application est différent. Complémentaires, ces notions sont loin d'être parentes²³⁰⁵. Elles apparaissent à différents moments de la vie du contrat : la lésion, lors de sa formation ; les clauses abusives, lors de ses effets, donc de son exécution. De plus, l'article 1437 s'applique aux clauses périphériques du contrat (dont certaines peuvent être essentielles) et non pas aux prestations caractéristiques de ce dernier. Aussi, il ne faut pas confondre désavantage et disproportion dans les prestations²³⁰⁶. Une clause peut tout à fait être abusive sans que le contrat dans son entier soit lésionnaire. Inversement, un contrat peut être lésionnaire sans pour autant comporter de clause abusive. Qui plus est, et il est important de le souligner, le législateur, en consacrant deux dispositions différentes, a consciemment fait le choix de distinguer la lésion du contrôle des clauses abusives²³⁰⁷. Le vocable employé pour la rédaction de ces dispositions n'est pas le même²³⁰⁸. Cependant, jusqu'à quel point peut-on maintenir une telle distinction ? Car le flou législatif qu'alimentent et défendent certains auteurs favorise l'adhérent qui peut alors jouer sur les deux tableaux, et ainsi conserver plus de chances de voir une clause être déclarée abusive²³⁰⁹. Même s'il défend une différence des notions, l'honorable Moore n'est

²³⁰⁰ *Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, arrêt préc. note n° 2278, § 50.

²³⁰¹ *Harvey c. Eid*, 2005 CanLII 20351 (QC C.Q.), j. Paquet, § 43-44.

²³⁰² *Riendeau c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2000 CanLII 9262 (QC C.A.), j. Dussault, § 29 ; *Services aux marchands détaillants Ltd. (Household Finance) c. Option Consommateurs*, 2006 QC C.A. 1319 (CanLII), motifs de la juge Côté : § 68 et s.

²³⁰³ **LEFEBVRE (B.)**. « Le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 463.

²³⁰⁴ **JOBIN (P.-G.)**. « Les clauses abusives », *art. préc.*, p. 506 ; **MOORE (B.)**. « Les clauses abusives : dix ans après », *art. préc.*, p. 93 ; **PERRET (L.)**. « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », *art. préc.*, p. 562.

²³⁰⁵ **MOORE (B.)**. « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, *op. cit.*, p. 470.

²³⁰⁶ **MOORE (B.)**. « Les clauses abusives : dix ans après », *art. préc.*, p. 93.

²³⁰⁷ **LUUELLES (D.)**, **MOORE (B.)**. *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1028, n° 1823.

²³⁰⁸ *Ibid.*, n° 1822.

²³⁰⁹ **CROTEAU (N.)**. « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *art. préc.*, p. 415.

pas sans nuancer ses propos en estimant qu'il ne faut pas avoir une vision trop dogmatique des choses²³¹⁰, la pratique étant bien plus subtile que cela. Certes, il ne faudrait pas confondre les stipulations fixant le prix du contrat avec celles qui entourent les modalités de fixation du prix, par exemple²³¹¹. Néanmoins, rien n'empêche le juge d'appliquer l'article 1437 sur ces stipulations dès lors qu'il les considère abusives. Aussi, « ce n'est pas parce que la clause abusive ne peut pas viser l'équilibre économique principal du contrat que l'application de l'article 1437 exclut toute évaluation globale du contrat »²³¹², autrement dit son économie générale. Le juge ne peut correctement apprécier le caractère abusif, ou non, d'une clause que s'il tient compte de « l'environnement contractuel »²³¹³. Cependant, nous pouvons penser que si la clause, même essentielle, ne porte pas sur les prestations caractéristiques du contrat, la lésion ne pourrait être retenue. La jurisprudence, qui confine déjà l'article 1437 aux seules clauses périphériques du contrat, se montrera peut-être hardie et, un jour, tranchera définitivement la question. Toutefois, aussi attractif cela soit-il, il nous semble important que l'article 1437 soit distingué de la lésion pour lui permettre de devenir un concept original à part entière.

3. Quel avenir pour l'article 1437 du Code civil du Québec ?

414. *Élaborer des listes québécoises grises et noires ?* Depuis son entrée en vigueur en 1994, la jurisprudence québécoise est restée très sobre dans l'application de l'article 1437. Gage de probité de la part des juges, cette sobriété et cette discrétion jurisprudentielles sont regrettées par une partie de la doctrine québécoise. Cette dernière souhaiterait voir les juges, encore très libéraux à son goût, aller plus loin et oser plus. À ses yeux, l'article 1437 du Code civil du Québec n'est pas utilisé à son plein potentiel et les clauses désavantageuses sont rarement qualifiées d'abusives. *A contrario* du droit français, et par extension du droit européen, le droit québécois ne met pas à la disposition de ses juristes des nomenclatures qui seraient l'équivalent de nos listes grises ou noires. Certains auteurs ont alors proposé de

²³¹⁰ MOORE (B.). *Ibid.*, p. 99.

²³¹¹ LLUELLES (D.), MOORE (B.). *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1031, n° 1828.

²³¹² *Ibid.*, p. 1031, n° 1829.

²³¹³ LLUELLES (D.), MOORE (B.). *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1031, n° 1828. V. par ex. : *Rogers Communications s.e.n.c. c. Brière*, 2016 QC C.A. 1497 (CanLII), motifs de la juge Bélanger, § 87 : Le caractère abusif ou excessif d'une convention s'évalue en tenant compte des prestations respectives des parties et selon les circonstances de l'espèce. L'équilibre entre les parties, tout comme le caractère disproportionné de la convention, doit faire l'objet d'une évaluation par le juge ».

s'inspirer de ces modèles pour créer des listes québécoises de clauses abusives afin d'assurer une application optimale de l'article 1437²³¹⁴.

415. Étendre l'article 1437 à tous les contrats ? L'article 1437 doit également faire face à la concurrence d'autres outils plus faciles à mettre en œuvre, notamment l'interprétation *contra proferentem*²³¹⁵, ou encore les dispositions sur les vices du consentement²³¹⁶. Ainsi, son champ d'application se voit être grignoté par d'autres dispositions plus ou moins reliées à la justice contractuelle. Serait-il intéressant, pour maintenir toute la symbolique de l'article 1437, de l'appliquer aux contrats de gré à gré, qui ne seraient pas à l'abri de clauses abusives ? Cette idée, défendue par une poignée d'auteurs²³¹⁷, renoue avec la première proposition qui avait été faite lors de la réforme du Code, à savoir étendre l'article 1437 à tous les contrats quels qu'ils soient. Cette position est défendable dès l'instant où l'on part du principe que le contrat n'est plus entièrement la chose des parties mais est soumis à des exigences imposées par un certain idéal de société. Certes, pour être valable, le contrat doit déjà respecter certaines conditions établies par la loi. Bien que l'ancien article 1134 du Code civil français ne fut pas repris *in extenso* ni par le Code civil du Bas-Canada ni par le Code civil du Québec, le contrat conclu au Québec, qu'il soit de gré à gré ou d'adhésion, tire en partie sa force obligatoire de la loi. L'autre partie est déterminée par la rencontre des volontés des parties. Or, l'article 1437 dépasse la volonté des parties pour s'attacher aux exigences de la loi. L'une de ces exigences est le principe de bonne foi. « Pierre angulaire »²³¹⁸ de la réforme du droit des contrats québécois, rappelée à deux reprises dans des énoncés de principe²³¹⁹, la bonne foi irrigue toute relation contractuelle, qu'elle soit négociée ou imposée, et se fait le garde-fou d'un comportement considéré comme raisonnable et respectable. Or, l'article 1437 du Code civil du Québec, en faisant textuellement référence à la bonne foi, est

²³¹⁴ **MOORE (B.)**. « A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », *art. préc.*, p. 184.

²³¹⁵ *Ibid.*, p. 187.

²³¹⁶ **CROTEAU (N.)**. « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *art. préc.*, p. 423 et s.

²³¹⁷ **CHARPENTIER (E.)**. « Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 266 ; **CROTEAU (N.)**. « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *art. préc.*, p. 427 ; **LEFEBVRE (B.)**. « Le contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 456.

²³¹⁸ **CROTEAU (N.)**. *Ibid.* ; **GREGOIRE (M.A.)**. « Les sanctions de l'obligation de bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat », *R. du N.*, sept. 2002, vol. 104, n° 2, p. 173 ; **LEFEBVRE (B.)**. *Ibid.*

²³¹⁹ Art. 6 C.c.Q. : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » ; Art. 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de extinction ».

directement lié à cette institution devenue « autonome »²³²⁰. Comme le souligne le professeur Pineau : « l'adhésion à une telle clause [abusive] ne dénote-t-elle pas, de la part de celui qui la propose ou qui souvent l'impose, un total oubli de l'obligation d'agir de bonne foi et l'exploitation d'un rapport de force qui lui est exagérément profitable ? Sanctionner la clause abusive, poursuit l'auteur, c'est condamner un comportement fautif et corriger le déséquilibre dans les rapports de force existant entre les contractants »²³²¹. Or, condamner un comportement fautif, c'est sanctionner une attitude qui ne rentrerait pas dans les normes de comportement acceptées et tolérées par la société au nom d'une certaine culture ou d'une certaine morale. L'on voit encore ici le lien entre la bonne foi et la dimension morale de l'article 1437. En conséquence, pour une frange d'auteurs, cette disposition ne devrait pas être limitée au seul contrat d'adhésion car elle fait appel à un principe qui régit autant le contrat d'adhésion que le contrat de gré à gré. Le principe de justice contractuelle ne mérite donc pas d'être cloisonné par la notion de contrat d'adhésion et devrait rayonner dans l'entier droit des contrats. Mais le principe de justice contractuelle, telle que revisité par le contrat d'adhésion autour de l'équilibre des pouvoirs, peut-il s'appliquer à un contrat de gré à gré ? Une telle hypothèse peut nous laisser perplexe.

Si cette position est soutenable, ses conséquences sur le contrat, et sa théorie, sont-elles seulement souhaitables ? Nous ne sommes pas persuadée qu'il faille décroisonner la lutte contre les clauses abusives pour l'étendre au contrat de gré à gré. Comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette thèse, et comme nous l'exposons toujours dans cette deuxième partie, nous croyons que le contrat d'adhésion et le principe de justice contractuelle, aujourd'hui entendu comme équilibre des pouvoirs, vont de pair. La justice contractuelle, au contact de la notion de contrat d'adhésion, change de sens pour s'adapter à l'originalité de ce contrat : elle ne vise plus uniquement à garantir l'équivalence des prestations mais permet également de corriger le déséquilibre de pouvoirs pouvant donner lieu à un abus, et le cas échéant, de sanctionner ce dernier. Ce n'est pas tant l'échange des prestations qui pose problème dans le contrat d'adhésion mais les circonstances qui entourent cet échange. Une telle conception de la justice contractuelle peut-elle s'exprimer dans un contrat de gré à gré ? Certes, bien que négocié, ce contrat présenterait le risque de

²³²⁰ GREGOIRE (M.A.). « Les sanctions de l'obligation de bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat », *art. préc.*, p. 194.

²³²¹ PINEAU (J.). « Théorie des obligations », *art. préc.*, p. 98-99, n° 85.

révéler, au moment de l'exécution de certaines de ses clauses, l'existence d'un déséquilibre. Or, il est raisonnable, en principe, de croire que ce déséquilibre n'a certainement pas été prévu, et encore moins voulu, par les parties qui auront discuté leur contrat point par point. Partant, comment appliquer une disposition qui vise à sanctionner un déséquilibre volontairement introduit dans un contrat par abus de pouvoir ? Peut-on vraiment appliquer la logique qui anime l'article 1437 à un accord qui entre encore dans le patron de la théorie classique du contrat ? Cette dernière existe toujours et n'a pas été remplacée par la théorie du contrat d'adhésion, du moins pas encore. Et si un contrat de gré à gré devait faire l'objet d'un déséquilibre recherché par l'une des parties, nous croyons, comme nous l'avons précédemment défendu pour le droit français²³²², que la théorie classique offre encore des outils suffisants pour sanctionner un contrat négocié qui deviendrait déséquilibré et ce, sans que cela soit nécessaire de passer par les dispositions propres au contrat d'adhésion. L'article 6, qui énonce un principe général de bonne foi, l'article 7²³²³, qui sanctionne l'abus de droit, et l'article 1375 du Code civil du Québec, qui reprend l'exigence de bonne foi appliquée, cette fois-ci, au droit des contrats, sans oublier la théorie des vices du consentement²³²⁴ et celle de la cause²³²⁵, sont autant de mesures mises à la disposition du juge pour lutter contre un déséquilibre qui surviendrait dans un contrat de gré à gré. Y avait-il donc vraiment une « incohérence »²³²⁶ de la part du législateur à limiter l'annulation des clauses abusives au seul contrat d'adhésion (ou de consommation) dans une réforme qui, nous le rappelons, se voulait consensuelle et teintée d'un esprit néo-libéral ? Il faut garder à l'esprit que la bonne foi n'est pas la seule pierre angulaire du droit des contrats québécois. Elle n'en est qu'une parmi d'autres, dont le principe de la liberté contractuelle qui, fort heureusement, demeure encore aujourd'hui. Les québécois ont toujours la possibilité, et surtout la liberté, de créer le contenu de leur contrat. Il nous semble donc plus raisonnable de limiter le champ d'application de l'article 1437 à l'objectif qui lui est assigné plutôt que de l'étendre pour des motifs, certes louables, mais qui seraient susceptibles de porter, à terme, une trop grande atteinte à la liberté contractuelle restée intacte dans certaines

²³²² V. *supra* n° 204.

²³²³ Art. 7 C.c.Q. : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ».

²³²⁴ Art. 1399 et s. C.c.Q.

²³²⁵ Art. 1410 C.c.Q. : « La cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à conclure » et art. 1411 C.c.Q. : « Est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public ».

²³²⁶ CROTEAU (N.), « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *art. préc.*, p. 427.

relations contractuelles. Enfin, il faut évoquer les répercussions d'une telle extension de l'article 1437 sur le comportement des juges. Si ces derniers sont déjà frileux à l'idée d'appliquer cette disposition aux contrats d'adhésion, qu'advient-il lorsqu'ils auront la possibilité de l'employer dans des contrats négociés ? Nous pouvons imaginer que l'article 1437 du Code civil du Québec ne sera plus beaucoup appliqué. Or, si l'on souhaite inviter les juges à embrasser pleinement leur pouvoir de police des clauses abusives, il faut être en mesure de les rassurer en leur permettant de mettre en œuvre cette prérogative dans un cadre cohérent et fidèle à la conception qu'ils ont, aujourd'hui, du contrat et de sa théorie générale.

416. Il va sans dire que l'article 1437 du Code civil du Québec a encore de beaux jours devant lui et qu'il continuera encore à interroger les acteurs du droit civil sur la portée à lui conférer et, plus généralement, sur la direction qu'ils souhaitent, à moyen ou long terme, donner à la théorie du droit des contrats. « Au final, il apparaît, selon le professeur Torres-Ceyte, que les dispositions de l'article 1437 du Code civil du Québec sont particulièrement emblématiques de notre droit civil : un droit “concret” mais “pas dépourvu d'arrière-pensées valeureuses”. Or, ne peut-on pas penser qu'il appartient aux juristes – juges, avocats et notaires, auteurs – de faire vivre ces arrière-pensées ? »²³²⁷.

* * *

Conclusion de la section 1 :

417. Le droit québécois des contrats dispose de quatre articles incontournables pour lutter contre les effets potentiellement néfastes du contrat d'adhésion, et plus spécifiquement, un déséquilibre de son contenu. L'interprétation *contra proferentem* (art. 1432), l'encadrement des clauses externes (art. 1435), la lutte contre les clauses illisibles et incompréhensibles (art. 1436), et plus particulièrement celle contre les clauses abusives (art. 1437), sont autant d'outils mis à la disposition des juges québécois pour combattre le déséquilibre et assurer le respect et la réalisation du principe de justice contractuelle. Majoritairement mises en œuvre par les juges de la Cour du Québec qui ont à connaître du contentieux du contrat d'adhésion pour des raisons de ressort, l'application de ces

²³²⁷ **TORRES-CEYTE (J.)**. « Le contrôle des clauses abusives en droit québécois : entre protection contre la cupidité et stigmatisation de l'esprit de prévarication », *art. préc.*, p. 122.

dispositions révèle une réelle volonté des juges québécois de protéger au mieux l'adhérent sans pour autant le déresponsabiliser. Si la signature ne vaut plus présomption de connaissance et qu'il revient au stipulant de supporter la charge de la preuve comme quoi l'adhérent a bien pris connaissance des termes du contrat, ce dernier doit tout de même faire un effort raisonnable pour les comprendre. Si la mentalité judiciaire semble avoir connu une évolution favorable sur ce point, il en va différemment de l'application de l'article 1437 qui interroge quant à son avenir en raison de la grande parcimonie, voire timidité, avec laquelle les juges québécois l'appliquent. La mise en œuvre du régime québécois du contrat d'adhésion n'est donc pas sans soulever des interrogations et des doutes. Malgré cela, il n'en reste pas moins une source d'inspiration intéressante pour le nouveau droit commun français du contrat d'adhésion.

* * *

*

Section 2 : Le régime de droit commun français du contrat d'adhésion

418. Que l'on soit d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique, les difficultés inhérentes au contrat d'adhésion sont les mêmes. Comme le droit québécois, le droit français des contrats est désormais à l'affût de tous pièges dans lesquels pourrait malencontreusement tomber l'adhérent. Si l'organisation des règles n'est pas la même, le résultat recherché est identique : protéger au mieux l'adhérent et tendre vers une plus grande justice contractuelle. Ces règles, certes nouvelles, ne sont pas pour autant de droit nouveau car elles étaient déjà connues de la jurisprudence et débattues en doctrine. Mais les solutions françaises sont-elles optimales ? Permettent-elles de protéger réellement l'adhérent ? N'aurait-on pas à gagner à s'inspirer des exemples québécois pour garantir une meilleure protection de l'adhérent ? *A contrario*, serait-il plutôt judicieux de conserver un *statu quo* ? Ce sont toutes ces interrogations que pose le nouveau régime de droit commun du contrat d'adhésion du Code civil français.

419. A l'image de son homologue québécois, le législateur français a également décidé d'introduire dans le Code civil une règle relative à la protection du consentement de l'adhérent (§ 1) et deux dispositions conférant au juge le pouvoir de contrôler le contenu du contrat d'adhésion (§ 2).

§ 1 : La protection du consentement de l'adhérent

420. Contrairement au droit québécois, le législateur français a fait le choix d'intégrer au sein du Code civil la notion d'origine allemande de « conditions générales ». Outre les difficultés notionnelles qu'il emporte (A.), cet emprunt, désormais codifié à l'article 1119 du Code civil, invite à revoir la position du droit français sur l'épineuse question de la connaissance des conditions générales par l'adhérent (B.).

A. La notion de « conditions générales » et sa portée

421. *Que sont les conditions générales ?* Employé trois fois au sein de l'article 1119, le terme de « conditions générales » ne fait pourtant l'objet d'aucune définition dans le Code civil. On se souvient, ce même terme avait été employé dans la première version de la définition du contrat d'adhésion pour être – heureusement – remplacé par l'expression de

« clauses non négociables »²³²⁸. En effet, on s'en rappelle, la première mouture de l'article 1110, alinéa 2 se lisait comme suit : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Reste que le terme de « conditions générales » est toujours utilisé à l'article 1119 qui dispose que : « Les conditions générales invoquées par l'une des parties n'ont d'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./ En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières ». L'ambiguïté alors reprochée demeure. Pourtant, ce n'est pas faute à la doctrine française d'avoir proposé des définitions de ce terme.

Les conditions générales sont couramment définies comme étant des « clauses abstraites applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un cocontractant à son partenaire »²³²⁹. Elles ont vocation à être reprises dans un nombre indéterminé de contrats susceptibles d'être conclus entre une entreprise et ses nombreux clients²³³⁰. En ce sens, les conditions générales se retrouvent fréquemment inscrites au dos des documents contractuels commerciaux, par exemple les bons de commande²³³¹. Le droit de la consommation, plus familier avec cette notion, offre également une définition des conditions générales qui sont alors décrites comme regroupant l'ensemble des clauses prérédigées par le professionnel et auxquelles le consommateur est présumé avoir adhéré²³³². Ces différentes définitions ont toutes pour point commun de mettre en avant la rédaction unilatérale des conditions générales par l'une des parties. Cette unilatéralité permet à ladite partie de « rationaliser les termes de l'offre qu'[elle] va diffuser largement par la rédaction d'un document [...] »²³³³.

²³²⁸ V. *supra* n° 3.

²³²⁹ **SEUBE (A.)**. « Les conditions générales des contrats », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence : Faculté de droit et science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 622-623.

²³³⁰ **LARROUMET (C.), BROS (S.)**. *Droit civil : les obligations, le contrat*, t. 3, in *Traité de droit civil*, LARROUMET (C.) (dir.), Corpus droit privé, MOLFESSIS (N.) (dir.), 7^e éd., Paris : Economica, 2014, p. 244, n° 265.

²³³¹ **ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.)**. *Cours de droit civil, Contrats : Théorie générale – quasi-contrats*, Coll. Droit fondamental, Paris : PUF, 2014, p. 266, n° 149.

²³³² **PICOD (Y.)**. *Droit de la consommation*, Coll. Sirey, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2015, p. 139, n° 225.

²³³³ **MAINGUY (D.)**. « Conditions générales de vente et contrats-types », *J.Cl. Contr. Distr.*, fasc. 60, n° 1.

Partant, les conditions générales sont souvent assimilées à des formulaires, ce qui n'est pas sans rappeler les contrats-types avec lesquels les conditions générales sont souvent confondues. En effet, certains auteurs n'ont pas manqué de définir les conditions générales comme étant des clauses contractuelles *types*²³³⁴ rédigées d'avance et ayant vocation à s'intégrer dans une ribambelle de contrats conclus postérieurement²³³⁵. Cependant, et malgré leurs points communs, les conditions générales ne sauraient être confondues avec les contrats-types²³³⁶. Ces derniers sont des « modèles de contrat complet, comportant à la fois les éléments essentiels à la validité de l'accord et les obligations mises à la charge des parties »²³³⁷. *A contrario*, « les conditions générales se bornent à préciser les modalités d'exécution du contrat futur, elles ne concernent donc que l'exécution du contrat »²³³⁸. La distinction entre les deux notions est également facilitée par la connaissance du rédacteur. De façon générale, s'il s'agit d'un tiers, bien souvent un organisme professionnel, l'on aura affaire à des contrats-types. Si le rédacteur est l'un des contractants, il s'agira alors de conditions générales²³³⁹.

Si les conditions générales ne sont pas des contrats-types, elles n'en demeurent pas moins des documents contractuels, « utilisés pour parvenir à la conclusion du contrat, pour le matérialiser, pour le compléter par des éléments accessoires ou pour prouver son exécution »²³⁴⁰. Les documents contractuels « contribuent ainsi à la formation du contrat ou à sa réalisation » et permettent d'établir le contenu de ce dernier²³⁴¹. « Les termes conditions générales désignent alors, formellement, le support de l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion de contrats individuels dans lesquels elles sont destinées à s'intégrer »²³⁴².

422. Comment les conditions générales acquièrent-elles force obligatoire ? Dans le cadre de cette partie, nous avons fait le choix de nous concentrer uniquement sur l'alinéa

²³³⁴ Sur cette expression, v. **DEL MARMOL (C.)**. « Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial », *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. 1, Gent : E. Story-Scientia, 1966, p. 307.

²³³⁵ **CARBONNIER (J.)** et **MOREAU-MARGREVE (L.)** cités par **SEUBE (A.)**. « Les conditions générales de contrats », *art. préc.*, p. 662.

²³³⁶ **V. MAINGUY (D.)**. « Conditions générales de vente et contrats-types », *op. cit.*, n° 2.

²³³⁷ **SEUBE (A.)**. « Les conditions générales des contrats », *art. préc.*, p. 629.

²³³⁸ *Ibid.*

²³³⁹ *Ibid.* Sur ce point, v. **LEAUTE (J.)**. « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, t. 51, p. 429.

²³⁴⁰ **LABARTHE (F.)**. *La notion de document contractuel*, préf. **GHESTIN (J.)**, Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1994, p. 4, n° 5.

²³⁴¹ *Ibid.*

²³⁴² **MAINGUY (D.)**. « Conditions générales de vente et contrats-types », *op. cit.*, n° 1.

1^{er} de l'article 1119 qui, pour rappel, 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 »²³⁴³. Dans le même ordre d'idées, nous ne traiterons pas non plus des conditions générales, « socle unique de la négociation commerciale »²³⁴⁴, le contrat d'adhésion ne pouvant, par définition, être négocié.

L'article 1119, et plus particulièrement son alinéa 1^{er}, tire son origine des diverses solutions jurisprudentielles rendues par la Cour de cassation qui, très tôt, a dû s'intéresser à la question du consentement de l'adhérent à un contrat d'adhésion. Même si elles ne peuvent être négociées, les clauses du contrat d'adhésion se doivent toutefois d'être opposables à l'adhérent si le stipulant souhaite que le contrat conclu acquière force obligatoire²³⁴⁵. C'est ainsi qu'en 1983, la Chambre commerciale de la Haute Cour affirme, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, qu'une : « clause attributive de compétence n'est opposable qu'à la partie qui en a eu connaissance et qui l'a acceptée au moment de la formation du contrat »²³⁴⁶. Même solution dans une affaire concernant une vente de marchandises entre deux sociétés²³⁴⁷. En ne vérifiant pas si les conditions d'achat avaient été connues et acceptées par l'autre société, l'arrêt rendu par la Cour d'appel a encouru la cassation. Dans le même ordre d'idées, dans un contrat d'assurance, si la Cour d'appel « avait constaté que l'assurée n'avait eu connaissance des conditions générales contenant la clause de déchéance que postérieurement au sinistre », mais en estimant, malgré tout, que cette clause lui était opposable, elle encourt également la cassation. En effet, la Haute juridiction estime, dans son attendu de principe, que : « l'attention de l'assurée doit être spécialement appelée sur ce type de clause »²³⁴⁸. A défaut, elle ne lui sera pas opposable. Dès lors, l'on comprend que pour que les conditions générales acquièrent force obligatoire, il est indispensable qu'elles aient été portées à la connaissance de l'adhérent. Ainsi, le

²³⁴³ Sur les alinéas 2 et 3 de l'article 1119 du C. civ., v. **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 203-204 ; **MEKKI (M.)**. « Réforme du droit des obligations : les conditions générales », *JCP N*, déc. 2016, n° 49, act. 1299, p. 6.

²³⁴⁴ Art. L. 441-6, I, al. 4 du C. com. : « Les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale ».

²³⁴⁵ **BROS (S.)**. « Connaissance et acceptation des conditions générales d'un contrat dans les relations d'affaires », *AJ Contrat*, nov. 2014, n° 8, p. 326 ; **LEVENEUR (L.)**. « La clause limitative de responsabilité était difficilement lisible et en anglais... », *Contrats, conc., consom.*, mars 2008, n° 3, comm. 62, p. 16.

²³⁴⁶ Cass. com., 28 fév. 1983, n° 78-10.813, *Bull. civ. IV*, n° 89.

²³⁴⁷ Cass. com., 28 avr. 1998, n° 95-20.290, inédit : *RTD civ.*, mars 1999, n° 1, p. 81, note J. Mestre.

²³⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1989, n° 86-19.230, *Bull. civ. I*, n° 247 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 03-18.467, *Bull. civ. I*, n° 377 : *RTD civ.*, mars 2006, n° 1, p. 107, note B. Fages et J. Mestre.

stipulant doit tout mettre en œuvre pour que l'adhérent ait connaissance de l'existence des conditions générales. C'est cette jurisprudence constante qui est reprise dans la première partie de l'alinéa 1^{er} de l'article 1119 du Code civil.

Cette solution vaut également pour les relations contractuelles qui s'étirent dans le temps et qui deviennent donc habituelles. Il en va ainsi, par exemple, des relations commerciales. L'on pourrait penser que la prise de connaissance, une bonne fois pour toute, des conditions générales soit largement suffisante. En effet, les parties sont amenées à conclure, par la suite, de nombreux contrats, si ce n'est pas similaires, à tout le moins très ressemblants au premier contrat conclu. La Cour de cassation ne semble pas être de cet avis. C'est ainsi que dans un arrêt du 30 juin 1992²³⁴⁹, la première Chambre civile estime que : « la connaissance éventuelle par l'une des parties, à l'occasion d'opérations antérieures, des conditions générales de l'autre partie contenant une clause de juridiction ou la connaissance de l'existence d'une telle clause dans des documents étrangers à l'opération litigieuse ne suffit pas, même au cas de relations d'affaires suivies, à lui rendre opposable cette clause [...] ». Pour que cette dernière ait force obligatoire, il faut que le contrat nouvellement conclu y fasse référence « directement ou indirectement ». Cependant, la Cour de cassation a su récemment faire preuve d'un petit peu plus de souplesse qui est, sans aucun doute, bienvenue dans ce genre de relation²³⁵⁰. C'est ainsi qu'elle a permis, pour des « relations d'affaires suivies » pendant un certain nombre d'années, que soient opposables les conditions générales reproduites au dos des factures qui avaient été transmises bien avant le litige en cause²³⁵¹. Malgré tout, il semblerait que la Haute Cour vérifie toujours qu'une référence soit faite aux conditions générales. En l'espèce, l'une des deux sociétés en cause était également titulaire d'une cotation faisant référence aux conditions générales de vente, en plus des factures transmises précédemment. La solution aurait-elle été différente si aucune référence aux conditions générales n'avait été faite ? Il semblerait que nous puissions y apporter une réponse positive au vu de la position de la Cour de cassation étudiée. Il y a de fortes chances pour que des conditions générales non signifiées, même

²³⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-21.491, *Bull. civ.* I, n° 203 : *D.*, mars 1994, n° 13, p. 169, note P. Guez. V. égal. : Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 03-18.467, arrêt et note préc. n° 2348.

²³⁵⁰ **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 201, n° 230.

²³⁵¹ Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-18.700, inédit : *AJ Contrat*, nov. 2014, n° 8, p. 326, note S. Bros. Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 2019, n° 18-11.609, inédit.

dans des relations de longue durée, soient déclarées inopposables sauf à ce que la Haute juridiction fasse preuve d'encore plus de souplesse. Cela étant dit, il semble important, aux yeux des hauts magistrats, que la partie adhérente puisse toujours avoir accès aux conditions générales.

Une fois que la partie adhérente a eu accès aux conditions générales, encore faut-il s'assurer qu'elle les a acceptées, et surtout comprises. Or, l'acceptation n'est pas forcément synonyme de compréhension si bien que le stipulant est invité à faire preuve de diligence lorsqu'il porte les conditions générales à la connaissance de l'adhérent.

B. L'adhésion aux conditions générales : une évolution à venir du droit français ?

423. Comment porter les conditions générales à la connaissance de l'adhérent ?

Pour que l'adhérent ait connaissance desdites conditions et pour qu'il puisse les accepter, il est nécessaire pour le stipulant d'attirer l'attention de l'adhérent sur l'existence de ces clauses. Le stipulant doit alors veiller à insérer des clauses de renvoi²³⁵², à avertir l'adhérent de toute modification qui pourrait intervenir en cours de contrat²³⁵³, à lui remettre en bonne et due forme les conditions générales²³⁵⁴, et ce pour chaque contrat conclu²³⁵⁵, mais aussi à veiller à ce que l'adhérent puisse prendre connaissance des conditions générales en tout temps, voire même de les conserver s'il le souhaite. Ainsi, un hyperlien renvoyant aux conditions générales de l'entreprise ne saurait satisfaire aux exigences de l'alinéa 1^{er} de l'article 1119 du Code civil puisque l'adhérent n'aura pas forcément eu connaissance des conditions, et donc ne les aura pas acceptées²³⁵⁶. Une solution bien différente de celle rendue par la Cour Suprême du Canada, mais qui rejoint la position de la jurisprudence québécoise illustrée dans l'affaire *Dell*. Pour rappel, selon cette jurisprudence, un hyperlien n'est pas le moyen le plus adéquat, pour l'adhérent, pour prendre connaissance des

²³⁵² Cass. civ. 2^{ème}, 14 avr. 2016, n^{os} 15-16.625 et 15-22.147, *Bull. info.* II, n^o 849 : *Contrats, conc., consom.*, juin 2016, n^o 6, p. 59, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP E*, juin 2016, n^o 24, p. 36, chron. J.-S. Seube ; *D.*, fév. 2017, n^o 7, p. 375, note M. Mekki.

²³⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, n^o 97-22.419, *Bull. civ.* I, n^o 194.

²³⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, n^o 97-19.683, inédit.

²³⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n^o 12-28.304, *Bull. civ.* I, n^o 35 : *AJCA*, mai 2014, n^o 2, p. 79, note L. Constantin ; *Lamy droit civil*, mai 2014, n^o 115, p. 14, note C. Le Gallou ; *JCP E*, juin 2014, n^o 26, 1351, p. 31, chron. R. Loir ; *RTD civ.*, juill. 2014, n^o 2, p. 397, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.*, oct. 2014, n^o 3, p. 641, note H. Barbier.

²³⁵⁶ CJUE, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, 5 juill. 2012, aff. C-49/11 : *Europe*, août 2012, n^{os} 8-9, 346, p. 53, note F. Gazin ; *Contrats, comm. élec.*, oct. 2012, n^o 10, 110, p. 26, comm. G. Loiseau ; *Contrats, conc., consom.*, déc. 2012, n^o 12, 292, p. 42, comm. G. Raymond.

conditions générales d'un contrat conclu en ligne puisqu'il y a de fortes chances pour qu'il ne clique pas sur cet hyperlien²³⁵⁷.

Il est donc essentiel que l'attention de l'adhérent, au moment de la conclusion du contrat, soit attirée sur l'existence des conditions générales. Cette attention sera d'autant plus grande que le contrat fera preuve de clarté. Or, cette exigence de clarté semble être englobée dans le critère de la connaissance. Cela explique peut-être pourquoi cette exigence de clarté ne fait pas l'objet d'un article à part entière. Cette notion, ambiguë et générique, suppose à la fois la connaissance matérielle des termes du contrat, c'est-à-dire son accessibilité, comme nous venons de le voir, mais également la connaissance intellectuelle qui suppose l'intelligibilité des clauses du contrat²³⁵⁸. C'est ainsi que le stipulant doit être à la fois vigilant quant à la police utilisée, sa couleur²³⁵⁹, sa taille²³⁶⁰ et l'apparence des caractères²³⁶¹, mais aussi quant à la formulation des clauses. Le stipulant doit donc veiller à ce que les clauses soient rédigées dans des termes clairs, pouvant être compris par une personne raisonnable, et ne soient pas l'objet de tournures de phrases alambiquées ou trop complexes²³⁶². Il faut, de façon générale, que les clauses soient « matériellement acceptables »²³⁶³.

424. Comment s'assurer de l'acceptation des conditions générales par l'adhérent ?

Après avoir pris matériellement et, dans l'idéal, intellectuellement, connaissance des conditions générales du contrat, l'adhérent doit les accepter. C'est ici que la signature de l'adhérent revêt toute son importance car elle est la manifestation, par ce dernier, de l'acceptation des conditions générales²³⁶⁴. A défaut de signature, les conditions générales du

²³⁵⁷ V. *supra* n° 384.

²³⁵⁸ **CHANTEPIE (G.)**. « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC*, juill. 2012, n° 3, p. 992.

²³⁵⁹ Cass. com., 17 fév. 1998, n° 95-21.668, inédit.

²³⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 1995, n° 93-18.051, *Bull. civ. I*, n° 422 ; Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-11.577, inédit ; Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-16.523, inédit : *Contrats, conc., consom.*, mars 2008, n° 3, 62, p. 16, comm. L. Leveneur.

²³⁶¹ Cass. civ. 2^{ème}, 26 avr. 2007, n° 06-13.379, inédit ; Cass. civ. 2^e, 15 avr. 2010, n° 09-11.667, inédit : *Respon. civile et assurances*, juill. 2010, n°s 7-8, 202, p. 38, comm. H. Groutel ; Cass. civ. 2^{ème}, 27 mars 2014, n° 13-15.835, inédit. V. **LABARTHE (F.)**. *La notion de document contractuel*, *op. cit.*, p. 17 et s.

²³⁶² **LABARTHE (F.)**. *La notion de document contractuel*, *op. cit.*, p. 21 et s. ; **CHANTEPIE (G.)**. « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *art. préc.*, p. 999.

²³⁶³ **DISSAUX (N.)**, **JAMIN (C.)**. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaires des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Paris : Dalloz, 2016, p. 25.

²³⁶⁴ **CHANTEPIE (G.)**, **LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 202, n° 232.

contrat ne lui seront pas opposables²³⁶⁵. Il fut un temps où la signature était suffisante pour s'assurer de l'acceptation des clauses du contrat par le contractant. De nos jours, il est de plus en plus fréquent de voir l'adhérent être invité à apposer sa signature sous des mentions qu'il aura parfois lui-même réécrites de sa main. Les plus connues sont les suivantes : « lu et approuvé » ou « je reconnais avoir pris connaissances des conditions générales du contrat et les accepte ». Ces clauses sont petit à petit devenues des clauses de style²³⁶⁶ qui se retrouvent presque automatiquement dans tous les contrats d'adhésion. Considérées comme inutiles, contraignantes et dépourvues de valeur juridique, ces mentions sont peut-être en passe de revêtir une portée bien plus importante avec l'insertion, dans le Code civil, de la définition du contrat d'adhésion. En effet, ces mentions ne pourraient-elles pas contribuer à démontrer l'existence d'un contrat d'adhésion ?²³⁶⁷ « Car finalement, l'une et l'autre de ces formules traduisent un acte d'adhésion »²³⁶⁸. Avec l'insertion de l'article 1119, elles pourraient également jouer un rôle important en facilitant la charge de la preuve pour l'adhérent qui aurait à démontrer la qualification de contrat d'adhésion qu'il soutient. Qui plus est, et malgré sa réticence sur l'efficacité de telles mentions²³⁶⁹, la Cour de cassation semble plus à même de reconnaître l'opposabilité des conditions générales du contrat dès lors que sont apposées, sur le contrat, la signature et la mention usuelle²³⁷⁰. Les deux éléments semblent, aujourd'hui, aller de pair.

425. La connaissance des conditions générales est-elle vraiment attestée ?

La signature suffit-elle, cependant, à attester la connaissance, par l'adhérent, des conditions générales du contrat d'adhésion ? Peut-être suffit-elle à établir la connaissance matérielle des clauses. Mais qu'en est-il de la connaissance intellectuelle ? Le contenu du contrat sera-

²³⁶⁵ Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-14.626, *Bull. civ.* IV, n° 82 : *RGDA*, juin 2014, n° 11, p. 357, note F. Turgne ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 juill. 2014, n° 13-21.734, inédit : *RTDI*, oct. 2014, n° 4, p. 43, note M. Robineau.

²³⁶⁶ **DENIS (D.)**. « La clause de style », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris : Defrénois, 1979, p. 117 ; **BERNHEIM-DESSAUX (S.)**. « La clause d'acceptation des conditions générales du contrat », *Contrats, conc., consom.*, nov. 2012, n° 11, form. 10. V. égal. **LABARTHE (F.)**. *La notion de document contractuel, op. cit.*, p. 222, n° 363 ; **FORRAY (V.)**. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit.*, p. 282, n° 398.

²³⁶⁷ **BARILLON (C.)**. « “Lu et approuvé” : la nouvelle vie d'une mention tombée en désuétude », *JCP G*, juill. 2017, n° 27, 754, p. 1298.

²³⁶⁸ *Ibid.*

²³⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, n° 91-12.115, *Bull. civ.* I, n° 39 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-20.001, inédit.

²³⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1979, n° 77-14.689, *Bull. civ.* I, n° 128 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 1991, n° 89-20.856, *Bull. civ.* I, n° 342 : *RTD com.*, sept. 1992, n° 3, p. 659, note B. Bouloc ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *Bull. civ.* I, n° 316 : *RGAT*, janv. 1999, n° 1, p. 96, note M.-H. Maleville ; *Defrénois*, mars 1999, n° 6, p. 367, note P. Delebecque ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1999, n° 96-19.469, *Bull. civ.* I, n° 51 : *JCP G*, déc. 1999, n° 1, I, 191, p. 2292, note G. Virassamy ; *Gaz. Pal.*, oct. 2000, n° 287, p. 15, note E. du Rusquec ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, n° 04-12.725, inédit : *Contrats, comm. élec.*, janv. 2006, n° 1, comm. 10, note P. Stoffel-Munck.

t-il véritablement lu et compris par l'adhérent ?²³⁷¹ L'accord existe-t-il vraiment ? L'on se souvient de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 février 2021 qui refusait la qualification de contrat d'adhésion à un contrat de travail²³⁷². Les juges de la Cour d'appel avaient constaté que l'ancienne salariée avait « signé la page du contrat de travail sur laquelle figurait [la clause litigieuse], de sorte qu'elle ne peut utilement contester l'avoir acceptée »²³⁷³. Une telle motivation est-elle encore valable à l'aune d'un droit des contrats qui a intégré en son sein la figure du contrat d'adhésion ? Peut-on encore soutenir que la signature est synonyme d'un consentement libre et éclairé ? Nous pouvons en douter surtout lorsque l'on sait que, généralement, l'adhérent prend connaissance des conditions générales postérieurement à la conclusion du contrat, notamment lorsque survient un différend²³⁷⁴. Partant, l'exigence de clarté qui motive la rédaction contractuelle a-t-elle une quelconque efficacité dans le contrat d'adhésion ? Car, « de fait, on ne lit pas ses contrats »²³⁷⁵. « Adhérer au contrat, ce n'est pas en prendre connaissance mais l'accepter malgré tout »²³⁷⁶. Ce qui nous intéresse d'abord et avant tout, c'est le produit ou le service, pas le contrat. Qui plus est, le lire reviendrait à une perte de temps et ne servirait à rien²³⁷⁷. C'est ici que le droit peut intervenir et inverser la tendance, notamment à travers l'action jurisprudentielle.

La Cour de cassation, dans les années à venir qui vont voir l'application de l'article 1119, n'aurait-elle pas intérêt à s'inspirer de la jurisprudence québécoise ? En effet, et l'on s'en souvient, les juges québécois contrôlent méticuleusement la connaissance des termes du contrat par l'adhérent. La signature ne suffit plus. Les juges vont rechercher s'il y a eu une lecture des clauses du contrat par l'adhérent, ou au moins une explication donnée par le stipulant. Mais la Cour de cassation pourrait-elle seulement s'adonner à un tel contrôle ? Cela ne relèverait-il pas des circonstances des faits de l'espèce, donc d'un contrôle souverain

²³⁷¹ **BOULANGER (J.)**. « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. 1, Gent : E. Story-Scientia, 1966, p. 202 ; **BOULOC (B.)**. *RTD com.*, sept. 1992, n° 3, p. 659 ; **DENIS (D.)**. « La clause de style », *art. préc.*, p. 123, n°s 9-10 ; **SEUBE (J.-B.)**. « Entrée des conditions générales dans le champ contractuel », *art. préc.*, p. 37.

²³⁷² V. *supra* n° 320.

²³⁷³ CA de Paris, 10 fév. 2021, n° 18/11116.

²³⁷⁴ **SEUBE (A.)**. « Les conditions générales des contrats », *art. préc.*, p. 627.

²³⁷⁵ **CHANTEPIE (G.)**. « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *art. préc.*, p. 998. V. égal. : **TOURNAIRE (V.)**. « La place du consentement dans le contrat d'adhésion », in *Le Consentement*, Montpellier : Faculté de droit et de science politique, 2018, p. 50.

²³⁷⁶ **CHANTEPIE (G.)**. *Ibid.*

²³⁷⁷ *Ibid.*

des juges du fond ? Peut-être plus depuis la réforme de modernisation de la justice de 2016 qui a vu être introduit dans le Code de l'organisation judiciaire l'article 411-3, alinéa 2. Ce dernier dispose que : « Elle [la Cour de cassation] peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ». La formule étant tellement ambiguë (mais pas incompréhensible !), la Haute Cour ne pourrait-elle pas y voir la porte ouverte à un contrôle plus large de la portée de la connaissance de l'adhérent ? Dès lors, ne pourrait-elle pas endosser un contrôle de la lecture des conditions générales par l'adhérent ou de leur explication par le stipulant ? Corollairement, l'on peut espérer qu'un tel contrôle puisse avoir une répercussion certaine dans le monde des affaires. Les professionnels seraient, en effet, invités à adopter une nouvelle approche rédactionnelle de leur contrat et seraient incités à expliquer le contenu du contrat à leurs adhérents. Ce changement de comportement aurait certainement des retombées positives puisque l'on peut imaginer que le nombre de litiges qui serait évité, avec les années de procédure qui s'en suivent.

Cette problématique n'est pas nouvelle. A l'heure actuelle, la Cour de cassation n'a encore jamais clairement tranché entre la connaissance du contenu des conditions générales ou la simple connaissance de leur existence²³⁷⁸. Au vu de la tendance jurisprudentielle, la Haute Cour pencherait plutôt pour la seconde option²³⁷⁹. Si les hauts magistrats décidaient demain de s'inspirer de ce qui se fait dans la Belle Province, la tendance serait susceptible de s'inverser sur le Vieux Continent, et le vent pourrait tourner en faveur de l'adhérent. En effet, aujourd'hui, la signature, comme les mentions « bon pour accord » ou « lu et approuvé », participent, en France, à la création d'une présomption de connaissance du contenu du contrat qui aurait plutôt tendance à avantager le stipulant²³⁸⁰. Le droit français semble partir du principe qu'il est très difficile, en pratique, de s'assurer de la prise de connaissance concrète des conditions générales par l'adhérent. C'est pourquoi l'on présume que l'adhérent a réellement lu et compris les conditions générales du contrat. Ce dernier ne saurait prétendre qu'elles ne lui sont pas opposables car il ne les aurait pas acceptées ou pas

²³⁷⁸ **LIMBACH (F.)**. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. WITZ (C.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, p. 76-77.

²³⁷⁹ *Ibid.*, p. 78, n° 133.

²³⁸⁰ **LABARTHE (F.)**. *La notion de document contractuel*, *op. cit.*, p. 17, n° 16 ; **PICOD (Y.)**. *Droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 139, n° 225. V. Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1993, n° 90-20.764, inédit ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 avr. 1995, n° 92-19.091, inédit.

lues²³⁸¹. S'il rencontre une difficulté, il sera le premier à supporter la charge de la preuve. Ce sera à lui de prouver que les clauses du contrat n'ont pas été portées à sa connaissance. Une telle présomption participe-t-elle à l'instauration d'une meilleure justice contractuelle ? Nous pouvons en douter. Cette présomption de connaissance n'existe pas au Québec, comme nous avons pu le constater. Si cette démarche peut paraître surprenante pour un droit des contrats qui se veut encore libéral et empreint d'une philosophie de responsabilisation de ses acteurs, c'est néanmoins une position sensible et sensée dans le cadre du contrat d'adhésion. Le droit québécois ne cherche pas à porter atteinte à la stabilité des contrats, mais il tend, coûte que coûte, à assurer une meilleure protection de l'adhérent sans toutefois verser dans son infantilisation. Comme nous l'avons vu, le droit québécois attend toujours de la part de ce dernier un effort raisonnable²³⁸². Cela n'empêche pas à la charge de la preuve d'être, d'abord et avant tout, logiquement supportée par le stipulant. C'est lui qui a rédigé le contrat, c'est donc à lui de prouver que les clauses sont lisibles, compréhensibles et qu'elles ont bien été lues par l'adhérent, ou lui ont été expliquées.

426. La balle serait donc dans le camp des stipulants si jamais la jurisprudence française venait à se calquer sur la jurisprudence québécoise. Dans les deux cas, ce sont les mentalités qui sont amenées à évoluer. Au Québec, si les juges statuent encore aujourd'hui sur ce même genre d'affaires, le constat est tout de même encourageant : l'application de l'article 1436 reste très discret, et cela est bon signe. Sa portée et son application par les juges ont eu un effet préventif. Le monde des affaires a été poussé à changer sa façon d'envisager ses relations contractuelles et partant, sa manière de conclure les contrats, surtout d'adhésion.

427. Si les rédacteurs de contrat sont aujourd'hui plus attentifs aux aspects formel et intellectuel des clauses, formules alambiquées et abus de pouvoir n'ont de cesse de gangrener le contenu des clauses du contrat d'adhésion. C'est alors à ce dernier de faire l'objet d'un contrôle car, comme l'expression le dit si bien, le diable se cache souvent dans les détails.

²³⁸¹ LABARTHE (F.). *La notion de document contractuel*, op. cit., p. 16, n° 16.

²³⁸² V. *supra* n° 394.

§ 2 : Le contrôle du contenu du contrat d'adhésion

428. Les outils mis à la disposition du magistrat français sont exactement les mêmes que ceux accordés au juge québécois. L'article 1190 du Code civil français permet au magistrat d'interpréter le contrat en faveur de l'adhérent (**A.**), l'opération de détermination du contenu du contrat l'autorise à créer une obligation qui vient s'ajouter à celles déjà existantes (**B.**) tandis que l'article 1171 du Code civil lui confère un véritable pouvoir de police des clauses du contrat d'adhésion (**C.**). Même si ces outils ressemblent aux dispositions québécoises précédemment étudiées, leur portée est cependant différente, notamment pour l'opération de détermination du contrat qui n'a pas reçu la même reconnaissance qu'au Québec.

A. De l'interprétation à la détermination du contenu du contrat d'adhésion par le juge

429. L'article 1190 du Code civil permet au juge d'interpréter le contrat en faveur de la partie adhérente dès lors qu'il constate qu'une clause est ambiguë (**1.**). Par-là, il sanctionne un stipulant négligeant qui n'aura pas fait l'effort de rédiger des clauses intellectuellement compréhensibles. Mais le juge peut également aller plus loin en créant de toutes pièces une obligation qu'il va ajouter au contrat. Cette opération, que l'on appelle la détermination du contenu du contrat, et qui est progressivement reconnue et acceptée par la doctrine française (**2.**), s'éloigne totalement de la mission d'interprétation classique en permettant au juge de rééquilibrer une balance obligationnelle biaisée.

1. L'interprétation *contra proferentem* de l'article 1190 du Code civil

L'interprétation *contra proferentem* se démarque clairement des autres méthodes d'interprétation du contrat en ce qu'elle ne recherche pas à sonder une volonté commune inexistante mais à privilégier les intérêts de l'adhérent. En ce sens, elle est une « interprétation partisane » (**a.**) qui risque également d'ébranler la position traditionnelle de la Cour de cassation quant à l'interprétation des contrats (**b.**).

a. L'émancipation d'une « interprétation partisane »²³⁸³

430. Présentation de l'article. L'histoire du nouvel article 1190 du Code civil est similaire à celle de son homologue québécois. Autrefois connu sous le numéro 1162, cet article s'est vu être « détourné » de sa finalité première²³⁸⁴. En effet, l'ancien article 1162 disposait que : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Nous avons donc à faire à une règle d'interprétation contre le créancier d'une obligation et non contre le rédacteur du contrat. Pendant très longtemps, la doctrine française, influencée par les écrits de Demolombe, avait relégué cet article au dernier plan, privilégiant avant tout les méthodes dites « subjectives » d'interprétation. Le contrat étant le produit final de la rencontre des volontés des parties, il ne pouvait être interprété qu'en fonction de cette volonté devenue commune. L'article 1162 ne devait donc être utilisé qu'en cas de doute absolu, lorsque le juge ne parvenait pas à déceler l'intention commune des contractants. Il va sans dire que l'article 1162 n'avait, jusqu'alors, pas vraiment connu bonne fortune.

C'était sans compter l'apparition du contrat d'adhésion dont l'essor fulgurant n'a pas manqué de redorer le blason de l'article 1162. Pour protéger au mieux l'adhérent et sanctionner le rédacteur du contrat, la jurisprudence de l'époque n'a pas hésité à détourner le sens premier de l'article 1162. Ce dernier est alors devenu le socle de l'interprétation *contra proferentem* et le tremplin à un courant jurisprudentiel en quête d'équité²³⁸⁵. C'est cette évolution que consacre l'article 1190 du Code civil qui 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 ». Il fait désormais une nette distinction entre les interprétations *contra stipulatorem* et *contra proferentem*²³⁸⁶. Ceci dit, l'originalité de l'article 1190 ne se niche pas dans cette distinction somme toute déjà intériorisée. L'article 1190 présente

²³⁸³ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « L'interprétation du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 146, n° 2

²³⁸⁴ **REVET (T.)**. « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 202, n° 10.

²³⁸⁵ **DUPICHOT (J.)**. « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-ane” des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris : Defrénois, 1979, p. 202, n° 23.

²³⁸⁶ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 387, n° 14.

Pour la distinction entre les deux types d'interprétation, v. *supra* n° 399.

un intérêt nouveau en ce qu'il se démarque de la compréhension classique que l'on peut avoir de l'interprétation et offre une nouvelle perspective quant au rôle que pourrait être amené à jouer la Cour de cassation²³⁸⁷.

431. Portée de l'article. Le principal enjeu pour l'article 1190 sera de trouver sa place parmi les autres méthodes d'interprétation *contra proferentem* que l'on peut trouver dans les droits spéciaux. L'on pense au droit particulier de la vente et de son article 1602²³⁸⁸ mais aussi, et surtout, au droit de la consommation. En effet, l'article 1190 devra composer avec l'article L. 211-1 du Code de la consommation²³⁸⁹. Si cette articulation soulève un problème important, elle n'en est pas moins bénéfique pour le droit commun des contrats et la protection de l'adhérent comme nous aurons l'occasion de le voir dans le titre 2 de cette seconde partie²³⁹⁰.

L'article 1190 est sans conteste une méthode d'interprétation... mais pas que. Il présente une originalité qui le démarque des autres méthodes d'interprétation et qui fait craindre, aux yeux d'une doctrine classique, un certain arbitraire²³⁹¹. En effet, l'article 1190 confère au magistrat un véritable pouvoir de sanction²³⁹². En interprétant la ou les disposition(s) litigieuse(s) en faveur de l'adhérent, le juge vient indirectement sanctionner le rédacteur du contrat qui aura failli à son devoir de clarté et de transparence. En ce sens, l'article 1190, comme l'article 1162 avant lui, s'inscrit dans un objectif de responsabilisation du rédacteur²³⁹³. Cette responsabilisation va inciter ce dernier à respecter l'exigence de clarté, que nous avons déjà rencontrée plus haut, et toutes les obligations qui en découlent. Si le rédacteur souhaite éviter une intervention rédhibitoire du juge, il aura tout intérêt à être attentif aux mots employés, à leur sens et à leur syntaxe.

²³⁸⁷ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « L'interprétation du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 147, n° 6 et s.

²³⁸⁸ Art. 1602 C. civ. : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ».

²³⁸⁹ L. 211-1 C. conso. : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur [...] ».

²³⁹⁰ V. *infra* n°s 494 et s.

²³⁹¹ **GRIMALDI (C.)**. « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 156, n° 4.

²³⁹² **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « L'interprétation du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 151, n° 13 ; **MARTIAL-BRAZ (N.)**. « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation *in favorem* », *RDC*, mars 2015, n°1, p. 197, n° 21.

²³⁹³ **COUTANT-LAPALUS (C.)**. « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 182 et s.

Cet aspect « sanction » de l'article 1190 fait-il de ce dernier une règle d'ordre public ?²³⁹⁴ C'est toute la question qui se pose. Malgré la réforme, les règles d'interprétation du contrat demeurent des dispositions supplétives. En effet, le Rapport de réforme du droit des contrats fait au Président de la République précise que tous les articles, sauf mention contraire, sont supplétifs. Dès lors, les règles d'interprétation ne sont – encore – que de simples conseils donnés au juge, un « petit guide-âne »²³⁹⁵ mis à son service. Est-ce à dire que l'article 1190 n'a aucune force obligatoire ? Nous pouvons en douter. Son lien de parenté très étroit avec l'article L. 211-1 du Code de la consommation, impératif²³⁹⁶, donc d'ordre public²³⁹⁷, peut faire entrevoir un effet de « vases communicants ». En droit de la consommation, le principe est le suivant : le doute profite toujours au consommateur²³⁹⁸. A l'instant même où le juge relève une ambiguïté, il doit interpréter la clause dans le sens le plus favorable au consommateur²³⁹⁹ et ce, même si une autre interprétation est possible²⁴⁰⁰. La Cour de cassation se montre particulièrement vigilante sur cette question et n'hésite pas à censurer une Cour d'appel qui n'aurait pas fait application de ce principe. En ce sens, le rôle qu'elle joue en droit de la consommation peut tout à fait inspirer les hauts magistrats dans le traitement des affaires de droit commun des contrats. Finalement, c'est la Haute juridiction qui décidera du destin de l'article 1190 du Code civil. Nous prendrons le temps de revenir sur cette question plus bas²⁴⁰¹, mais nous pouvons d'ores et déjà insister sur l'influence fondamentale que sera amenée à jouer la Cour de cassation, dans les années à venir, sur l'interprétation des contrats d'adhésion. Il ne tient qu'à elle de faire de l'article 1190 une règle de droit impérative. A défaut, ce dernier n'embrassera pas son plein potentiel et ne connaîtra pas le rayonnement qu'il promet au sein du régime du contrat d'adhésion en particulier, et de la théorie du contrat en général.

²³⁹⁴ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « L'interprétation du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 148, n° 9.

²³⁹⁵ **DUPICHOT (J.)**. « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-âne” des articles 1156 à 1164 du Code civil », *art. préc.*, p. 179.

²³⁹⁶ **LAMOUREUX (M.)**. « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, nov. 2006, n° 41, p. 2848.

²³⁹⁷ **PICOD (Y.)**. *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 225, n° 354.

²³⁹⁸ **AVENA-ROBARDET (V.)**. « Le doute profite toujours au consommateur », *D.*, mars 2003, n° 10, p. 693 ; **MESTRE (J.)**, **FAGES (B.)**. « Le doute profite toujours au consommateur », *RTD civ.*, juin 2003, n° 2, p. 292.

²³⁹⁹ V., entre autres, Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n° 00-13.342 et n° 00-19.001, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *D.*, mars 2003, n° 10, p. 693, note V. Avena-Robardet ; *RTD civ.*, juin 2003, n° 2, p. 292, note J. Mestre et B. Fages.

Cass. civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18.104, *Bull. civ. II*, n° 214 ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 juill. 2014, n° 13-22.418, *Bull. civ. II*, n° 168 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2015, n° 14-17.009, inédit ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 mars 2018, n° 17-10.030, inédit.

²⁴⁰⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552 et n° 10-10.843, *Bull. civ. II*, n° 126 : *Deffrénois*, oct. 2011, n° 18, p. 1485, note J.-B. SEUBE.

²⁴⁰¹ V. *infra* n°s 494 et s.

432. Les conditions d'application de l'article. Pour pouvoir être appliqué, l'article 1190 doit répondre à une condition : il faut que la ou les disposition(s) litigieuse(s) présente(nt) une ambiguïté. Il faut qu'il y ait un doute sur le sens d'un mot ou d'une expression. En effet, il ne s'agit pas pour le juge de refaire le contrat mais simplement de dissiper un doute. Son rôle se limite, pour l'instant, à interpréter une phrase qu'il jugerait obscure. Cette ambiguïté se retrouve, sans conteste, au sein des clauses non négociables du contrat d'adhésion. Mais qu'en est-il des clauses principales de ce contrat, qui seraient susceptibles d'être négociables ? Le champ d'application de l'article 1190 dépendra alors de la conception que l'on a du contrat d'adhésion. Si l'on adopte un point de vue consumériste, l'article 1190 pourra tout aussi bien s'appliquer aux clauses négociables que non-négociables. Par contre, si l'on s'en tient strictement à la définition du législateur, seules les clauses non-négociables seront soumises à l'article 1190.

Au-delà de ces questions techniques, une interrogation essentielle se pose, qui n'est pas sans rappeler celle que nous avons rencontrée en étudiant l'article 1432 du Code civil du Québec : quelle est la place de l'article 1190 parmi les autres méthodes d'interprétation ? A-t-il un caractère subsidiaire ? Une réponse négative semble s'imposer. De fait, comment appliquer l'article 1188, alinéa 1^{er}²⁴⁰² lorsque l'on sait qu'aucune intention commune n'existe dans le contrat d'adhésion ? Sous l'empire de l'ancien droit des contrats, les juges avaient souvent tendance à recourir à l'article 1156²⁴⁰³ et à faire passer pour réelle une volonté commune totalement fictive et montée de toutes pièces²⁴⁰⁴. La théorie classique leur intimait de placer la commune intention au cœur de l'opération d'interprétation, l'article 1162 n'étant, on l'a vu, qu'une roue de secours. Aujourd'hui, et grâce à l'introduction du contrat d'adhésion, l'on assiste à un changement de paradigme²⁴⁰⁵. L'interprétation *contra proferentem* prend un tout autre sens lorsque le Code civil reconnaît la *summa divisio* entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion. Elle « n'est plus un aveu d'échec dans la recherche de la commune intention des parties, mais un parti pris en raison de la nature particulière du

²⁴⁰² Art. 1188, al. 1^{er} C. civ. : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ».

²⁴⁰³ Art. 1156 C. civ. anc. : « 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 ».

²⁴⁰⁴ **DUPICHOT (J.)**, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-ane” des articles 1156 à 1164 du Code civil », *art. préc.*, p. 199, n° 18.

²⁴⁰⁵ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**, « L'interprétation du contrat », *art. préc.*, p. 146, n° 3 ; V. *supra* n° 12.

contrat »²⁴⁰⁶. L'article 1190 s'affiche comme une méthode objective et « autonome »²⁴⁰⁷. Malgré les tentatives cherchant à remettre en cause ce statut²⁴⁰⁸, nous pouvons être assurée que l'article 1190 marque d'une pierre blanche le renouveau de la théorie de l'interprétation. Comme nous l'avons déjà soutenu quelques lignes plus haut, nous pouvons être convaincue que l'interprétation *contra proferentem* doit devenir le premier principe d'interprétation du contrat d'adhésion. Il y a trop longtemps que les magistrats se réfugient derrière un principe qui ne fonctionne plus – et n'a jamais fonctionné – pour les contrats d'adhésion car ils « ne sauraient transcrire ni comporter une commune intention structurellement absente de tout le processus d'élaboration du contrat »²⁴⁰⁹. L'article 1190 leur permet désormais d'agir au grand jour et d'assumer une interprétation « partisane »²⁴¹⁰.

b. De la nécessité d'établir une interprétation uniforme des contrats d'adhésion

433. Une nouvelle « révolution tranquille » – ou urgente ! – à la Cour de cassation ?

Le renversement de la théorie classique de l'interprétation aura d'autant plus de poids lorsque la Cour de cassation confèrera à l'article 1190 le statut de règle impérative et acceptera d'assumer une uniformisation de l'interprétation des contrats d'adhésion. « Dans quelle mesure la Cour de cassation va-t-elle faire partie des juridictions qui interprètent le contrat ? »²⁴¹¹ s'interrogeait Gabriel Marty en 1949. « Dans le cadre de l'interprétation du contrat d'adhésion », souhaiterions-nous lui répondre. A l'heure où se discute une possible réforme de la Cour de cassation²⁴¹², et alors qu'elle s'ouvre de plus en plus au contrôle de

²⁴⁰⁶ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. *Ibid.*, p. 147, n° 3.

²⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 151, n° 16.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 152 et s., n° 19 et s. : l'auteure reprend les principales critiques dirigées contre l'article 1190.

²⁴⁰⁹ **ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.)**. *Cours de droit civil – Contrats : théorie générale – quasi contrats, op. cit.*, p. 276, n° 153.

²⁴¹⁰ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « L'interprétation du contrat », *art. préc.*, p. 146, n° 2.

²⁴¹¹ **MARTY (G.)**. « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. V. Paris : Librairie Dalloz, 1949, p. 88.

²⁴¹² **JESTAZ (P.), MARGUENAUD (J.-P.), JAMIN (C.)**. « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, oct. 2014, n° 36, p. 2061 ; **LOUVEL (B.)**. « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation adapter ses modes de contrôle », *JCP G*, oct. 2015, n° 43, p. 1906 ; **DESHAYES (O.)**. « La réforme de la Cour de cassation », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 425 ; **POULET (L.)**. « Les défis du droit des contrats : un rôle à jouer pour la Cour de cassation », *Contrats, conc., consom.*, déc. 2020, n° 12, p. 26-27 ; **CABARRUS (C. de), DESHAYES (O.)**. « Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et le contrat », *D.*, juill. 2021, n° 23, p. 1245 ; **MERLOZ (F.)**. « Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et les cours suprêmes », *D.*, juill. 2021, n° 26, p. 1384.

proportionnalité²⁴¹³ qui l'invite à repenser la rédaction de ses décisions²⁴¹⁴, se pose l'urgente question de l'uniformisation de l'interprétation des contrats d'adhésion. Selon l'opinion du professeur Revet²⁴¹⁵, partagée par beaucoup d'autres auteurs, et à laquelle nous nous joignons, il devient plus que nécessaire d'établir une interprétation uniforme des contrats d'adhésion qui régissent des situations identiques sur tout le territoire national²⁴¹⁶. A la lumière du principe d'égalité, il est problématique que des consommateurs ayant conclu une même formule de contrat ne soient pas protégés de la même manière. Plusieurs milliers, voire millions de personnes, sont susceptibles de conclure un contrat d'adhésion identique sans pour autant recevoir la même interprétation d'une clause qui s'avérerait être ambiguë. Il serait donc opportun pour la Cour de cassation d'uniformiser son contrôle sur l'interprétation des juges du fond.

L'abandon de la théorie classique de l'interprétation serait un premier pas vers une telle uniformisation puisque la Cour de cassation ne pourrait plus se réfugier derrière le pouvoir souverain des juges du fond. Qui plus est, la Haute Cour contrôle déjà l'interprétation faite par les juges du fond sur le fondement de l'article L. 211-1 du Code de la consommation. Pourquoi ne pourrait-elle pas le faire sur le fondement de l'article 1190 ? Dans le même sens, elle pourrait contrôler la méthode d'interprétation choisie par le juge et l'application qu'il en fait²⁴¹⁷. Il n'y aurait aucune difficulté à cela puisque l'article 1190 est une méthode objective d'interprétation. La Cour de cassation n'aura pas à apprécier une intention commune, ni descendre dans le détail de l'appréciation des faits de l'espèce. Et si jamais elle était amenée à le faire, ne pourrait-elle pas aller sur le terrain de l'article L. 411-

²⁴¹³ Dans l'ordre chronologique : **LOUVEL (B.)**. « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, juin 2015, n° 23, p. 1326 ; **JAMIN (C.)**. « Juger et motiver : introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.*, juin 2015, n° 2, p. 263 ; **GAUTIER (P.-Y.)**. « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, nov. 2015, n° 38, p. 2189 ; **BENABENT (A.)**. « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, janv. 2016, n° 3, p. 137 ; **JEULAND (E.)**. « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G*, janv. 2016, suppl. n°s 1-2, p. 20 ; **BECHILLON (D. de)**. « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP G*, janv. 2016, suppl. n°s 1-2, p. 27 ; **CHENEDE (F.)**. « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, avr. 2016, n° 14, p. 796 ; **CHENEDE (F.)**. « Le droit civil, au naturel (ou l'actualité d'un passé) », *RTD civ.*, juil.-sept. 2020, n° 3, p. 524 et s. ; **MARCHADIER (F.)**. « Le contrôle de proportionnalité *in concreto* : comment éviter une atteinte (disproportionnée) à l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? », *JCP G*, nov. 2020, n° 48, p. 2086.

²⁴¹⁴ **DEUMIER (P.)**. « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.*, oct. 2015, n° 35, p. 2022 ; **JAMIN (C.)**. « Juger et motiver : introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *art. préc.* ; **JAMIN (C.)**. « Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G*, juill. 2015, n° 29, p. 1446 ; **JAMIN (C.)**. « Motivation des arrêts : une alternative », *D.*, oct. 2015, n° 35, p. 2001.

²⁴¹⁵ **REJET (T.)**. « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *art. préc.*, p. 201, n° 8.

²⁴¹⁶ Pour les « pour » et les « contre » sur cette question, v. : **GHESTIN (J.)**, **JAMIN (C.)**, **BILLIAU (M.)**. *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, GHESTIN (J.) (dir.), 3^e éd., Paris : LGDJ, 2001, p. 27-28, n°s 21-22.

²⁴¹⁷ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « L'interprétation du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 147, n° 7.

3, alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire²⁴¹⁸ ? La Cour de cassation n'a jamais clairement affirmé son désir d'uniformiser l'interprétation des contrats d'adhésion mais a plus ou moins déjà versé dans cette direction en détournant certains outils de contrôle de l'interprétation des juges du fond (contrôle de dénaturation, dénaturation par omission) pour imposer son interprétation dans certains contrats d'adhésion²⁴¹⁹. Elle ne doit plus se réfugier derrière ces dérivations qui camouflent une prise de position souhaitée et souhaitable afin d'offrir aux adhérents la meilleure protection possible²⁴²⁰. Elle remplit déjà ce rôle pour les contrats-types et les conventions collectives sur lesquelles elle assure un contrôle uniforme²⁴²¹. Un caillou peut-il, à terme, déclencher une avalanche ?

434. *Qu'en est-il de la théorie des attentes légitimes ?* Contrairement au droit québécois, le droit des contrats français a associé la théorie des attentes légitimes non pas à la technique d'interprétation mais à l'opération de détermination du contenu du contrat. La théorie a-t-elle rencontré le même accueil qu'au Québec ? Ou, au contraire, a-t-elle connu le même succès que dans les autres provinces canadiennes ? Pour avoir réponse à cette question, il faudra se reporter à cette autre démarche qu'est la détermination, jugée « plus hardie » et « plus franche » que l'interprétation *contra proferentem*.

B. La reconnaissance progressive du rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat

435. *Hier, le « forçage du contrat ».* Comme pour le droit québécois, il faut bien admettre que, dans certains cas, le juge dépasse les frontières de son office d'interprétation

²⁴¹⁸ Art. L. 411-3, al. 2 COJ : « Elle [le Cour de cassation] peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ».

V. **LUXEMBOURG (F.)**. « La Cour de cassation, juge du fond », *D.*, oct. 2006, n° 34, p. 2358.

²⁴¹⁹ **BORE (J.)**. « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, janv.-mars 1972, n° 1, p. 292, n°s 96 et s. (hormis le fait que l'auteur soit encore particulièrement attaché, même dans le cas des contrats d'adhésion, à l'interprétation suivant la commune intention des parties, il concède qu'il est nécessaire pour la Cour de cassation, en particulier dans ces contrats, d'imposer son interprétation. Il rejette, cependant, le contrôle de la dénaturation car estime que l'interprétation doit rester un acte souverain des juges du fond) ; **GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.)**. *Les effets du contrat, op. cit.*, p. 37, n° 27 ; **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *art. préc.*, p. 389, n° 22.

²⁴²⁰ **TRICOT (D.)**. « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 151 et s. ; **ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.)**. *Cours de droit civil- Contrats : théorie générale – quasi-contrats, op. cit.*, p. 278, n° 153.

²⁴²¹ **GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.)**. *Les effets du contrat, op. cit.*, p. 21 et s. ; **CHANTEPIE (G.)**. « Les virtualités du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 150 ; **DE LA TOUR (J.-R.)**. « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 393.

V. par ex. : Cass. Ass. Plé., 6 fév. 1976, n° 74-40.223 ; Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467, *Bull. civ.*, n° 3, p. 345 : « Une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet ».

pour faire autre chose²⁴²². Pendant longtemps, et peut-être encore aujourd'hui, cette « autre chose » a été qualifiée de « forçage du contrat », d'abord par Louis Josserand²⁴²³ puis par des auteurs attachés aux principes classiques du droit des contrats²⁴²⁴. A leurs yeux, il serait tout bonnement impossible et impensable que le juge puisse investir le contrat et faire ainsi fi de la volonté des parties qui serait « la seule source et la seule mesure des obligations que le contrat engendre »²⁴²⁵. Sauf que, très rapidement, les auteurs se sont rendus compte que la volonté ne pouvait pas tout prévoir, notamment lorsque le contrat présentait une configuration de monologue et non plus de dialogue. La jurisprudence n'a alors pas hésité à intervenir au sein de ces contrats déséquilibrés, la plupart d'adhésion, pour rééquilibrer la balance. L'on se souvient en particulier de l'arrêt du 21 novembre 1911²⁴²⁶, témoin de la création de l'obligation prétorienne de sécurité par la Cour de cassation et déclencheur d'une longue jurisprudence reflétant le pouvoir créateur du juge²⁴²⁷. Dans la grande majorité de ces situations, les contrats conclus étaient des contrats d'adhésion. Partant, le juge complétait le contrat en créant des obligations qu'il imposait à la partie en position de force. Que le forçage ait été ostensible ou inavoué, le juge n'hésitait pas à intervenir au sein du contrat.

436. Le recours à la bonne foi et à l'équité. Ce sont sur les principes de bonne foi et d'équité que s'appuie le juge pour mener à bien une telle opération. Comme en droit québécois, la bonne foi « française » présente plusieurs facettes dont une dimension complétive. En ce sens, elle est un véritable guide d'interprétation pour le juge puisqu'elle permet de donner naissance à une obligation. Certains qualifient cette fonction particulière de la bonne foi de « bonne foi statique » qu'ils opposent à la « bonne foi dynamique »²⁴²⁸. La « bonne foi statique » a pour objectif de saisir l'esprit du contrat et de le déterminer tandis que la « bonne foi dynamique » permet d'assurer la pérennité du contrat et son adaptation aux changements de circonstances²⁴²⁹. De fait, la « bonne foi statique » constitue

²⁴²² **SIMLER (P.)**. « Propos introductifs – A la recherche des frontières de l'interprétation », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 148.

²⁴²³ **JOSSERAND (L.)**. « Le contrat dirigé », *art. préc.*, p. 89.

²⁴²⁴ V. par ex. : **LEVENEUR (L.)**. « Le forçage du contrat », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 69 et s.

²⁴²⁵ *Ibid.*, p. 70.

²⁴²⁶ **CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.)**. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Paris : Dalloz, 2008, p. 759.

²⁴²⁷ **PICOD (Y.)**. « Contrats et obligations : effet obligatoire des conventions – exécution de bonne foi des conventions », *Fasc. Unique, JCl. Civil Code Art. 1134 et 1135* (mise à jour : 18 juill. 2016), n° 38 et s.

²⁴²⁸ **TOURNEAU (P. le), POUMADERE (M.)**. « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, janv. 2017, n° 67.

²⁴²⁹ *Ibid.*

le « support de l'interprétation créatrice »²⁴³⁰. Désormais, il va sans dire que le juge n'hésitera pas à s'appuyer sur le principe général de bonne foi de l'article 1104 pour mener à bien cette opération qu'est le « forçage du contrat ».

L'équité, quant à elle, est une notion plus délicate à appréhender. Si la bonne foi a longtemps vécu dans l'ombre de la force obligatoire, l'équité, quant à elle, a particulièrement été crainte par les juristes français. Ce n'est plus le « syndrome de Craponne » mais celui de « l'équité des Parlements ». L'adage « Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements » n'a cessé d'hanté l'esprit des juristes qui perçoivent alors l'équité comme un instrument dangereux, surtout lorsqu'il est placé entre les mains du juge. L'équité engendre également la suspicion des juristes en raison de son caractère insaisissable. Il y aurait autant de définitions de l'équité qu'il n'y aurait d'auteurs pour la définir. A connotation morale ou philosophique, source de charité ou de miséricorde, la notion d'équité varie suivant les mœurs, les temps et les idéologies d'une époque. Il est donc extrêmement délicat de n'en retenir qu'un seul sens. Cependant, sa définition n'est pas impossible.

Aristote fut le premier à définir cette notion. Il percevait l'équité comme un « correctif » de la loi, c'est-à-dire comme un complément de la loi qui, générale, ne pouvait descendre dans le détail d'une situation particulière²⁴³¹. En aucun cas l'équité ne vient « corriger » la loi. Une telle définition peut tout à fait s'appliquer au contrat. En effet, les contrats légalement formés sont apparentés à des lois que les parties doivent impérativement respecter. Bien que le terme « loi » de l'article 1103²⁴³² du Code civil soit une analogie à la loi générale, il n'en reste pas moins que la comparaison fait du contrat la loi privée des parties. Dès lors, l'équité peut venir compléter les clauses générales du contrat afin de tenir compte des circonstances particulières de la situation. Cela est d'autant plus justifié dans le contrat d'adhésion qui présente une offre générale à une multitude d'adhérents tous différents les uns des autres. L'équité permettra alors au juge de compléter ledit contrat en fonction des particularités de chaque adhérent. Outre le fait qu'elle permette de compléter la loi, quel est l'objectif de l'équité ? Des différentes acceptions qui peuvent exister²⁴³³, découle l'essence particulière de la notion : l'équité garantirait « la recherche

²⁴³⁰ **TOURNEAU (P. le), POUMADERE (M.)**. « Bonne foi », *op. cit.*, n° 72.

²⁴³¹ **ARISTOTE**. *Sur la justice – Ethique à Nicomaque, Livre V*, *op. cit.*, p. 92.

²⁴³² Art. 1103 C. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

²⁴³³ **ALBIGES (C.)**. « Equité », *Rép. civ. Dalloz*, oct. 2017, n° 34 et s.

d'une solution équilibrée et assurant même «à chacun sa part égale»²⁴³⁴. Une telle finalité trouve une résonance particulière lorsque l'on sait que la justice contractuelle contemporaine puise son essence dans l'équité²⁴³⁵. Comme sa cousine la bonne foi, l'équité détient une fonction complétive et s'inscrit dans une démarche de rééquilibrage du contrat²⁴³⁶. Elle confère alors au juge le pouvoir de statuer en équité.

437. Aujourd'hui, « la détermination du contenu du contrat ». L'équité se retrouve notamment à l'article 1194 du Code civil qui constitue l'outil privilégié du juge en matière de « forçage du contrat ». L'article 1194 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 ». Reprise de l'ancien article 1135 du Code civil, l'article 1194 est une règle à part entière qui ne se réduit pas à la recherche de la commune intention des parties. En fait, l'article 1194 n'est pas une directive d'interprétation. Il porte, en effet, sur les effets du contrat. La disposition a donc vocation à être une autre technique, qui est autre chose et plus. Ce « plus » est ce que la professeure Etienney de Sainte Marie appelle, comme en droit québécois, la « détermination du contenu du contrat »²⁴³⁷. En déterminant le contenu du contrat, le juge vient le fixer en comblant ses lacunes grâce à l'invention de nouvelles obligations. Certains auteurs se sont risqués à parler « d'interprétation créatrice », « d'interprétation active »²⁴³⁸, de « réfaction judiciaire »²⁴³⁹, de « décision d'équité »²⁴⁴⁰ ou encore de « révision du contrat »²⁴⁴¹. L'expression proposée par la professeure Etienney de Sainte Marie nous semble la plus pertinente en ce qu'elle met des mots justes sur une opération jusqu'alors camouflée. Elle permet de mettre l'accent sur l'activité concrète et réelle du juge, qu'elle révèle au grand jour. Adaptée au droit des contrats contemporain et à sa philosophie, et certainement moins péjorative que le « forçage du contrat », cette

²⁴³⁴ **ALBIGES (C.)**. « Equité », *op. cit.*, n° 32.

²⁴³⁵ V. *supra* n° 303.

²⁴³⁶ **PICOD (Y.)**. « Contrats et obligations : effet obligatoire des conventions – exécution de bonne foi des conventions », *op. cit.*, n° 60.

²⁴³⁷ **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « L'«interprétation créatrice» : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 166, n° 3.

²⁴³⁸ **MESTRE (J.), LAUDE (A.)**. « L'interprétation «active» du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 1993, p. 9.

²⁴³⁹ **BENABENT (A.)**. *Droit des obligations*, 19^e éd., Coll. Domat, Paris : LGDJ, 2021, p. 269, n° 318.

²⁴⁴⁰ **BENABENT (A.)**. « Observations conclusives », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 208.

²⁴⁴¹ **JAMIN (C.)**. « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 48.

expression donne toute sa place au juge et à sa mission de rééquilibrage d'un contrat déséquilibré.

438. L'attente légitime, un nouveau fondement ? La théorie de l'attente légitime semble petit à petit se faire un nom en droit des contrats français où on la retrouve, par exemple, au détour de l'article 1166 du Code civil qui dispose que : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Apportant un vent nouveau, tout droit venu d'Amérique du Nord, la théorie ne se laisse pas si facilement saisir si bien que le professeur Calais-Auloy parle de « théorie inachevée »²⁴⁴², ou du moins « en gestation »²⁴⁴³. Outre son caractère éminemment flou et général, l'attente légitime côtoie des notions voisines qui peuvent brouiller sa compréhension telle la bonne foi ou encore la confiance légitime²⁴⁴⁴. Connue de la jurisprudence, la théorie, de prime abord très séduisante, a su plaire et interroger la doctrine française²⁴⁴⁵. Elle faciliterait la tâche du juge dans sa détermination du contenu du contrat en évitant de passer par le détour artificiel de la volonté des parties²⁴⁴⁶, qui plus est fictive dans le contrat d'adhésion. En ce sens, la théorie n'est pas si différente de cette opération de détermination, que d'autres appellent « l'interprétation constructive »²⁴⁴⁷. Grâce à sa grande malléabilité, la théorie aurait l'avantage de pouvoir épouser chaque contrat et de permettre des ajouts sur-mesure à la relation contractuelle en jeu²⁴⁴⁸.

Séduisante, la théorie n'est cependant pas suffisante pour justifier d'une telle intervention du juge dans le contrat. Sa malléabilité est aussi son point faible en ce qu'elle devient une stratégie « passe-partout »²⁴⁴⁹ susceptible de fonder n'importe quelle prétention,

²⁴⁴² **CALAIS-AULOY (J.)**. « L'attente légitime : une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 172.

²⁴⁴³ *Ibid.*, p. 178.

²⁴⁴⁴ Sur cette notion, v. **GENICON (T.)**. « Contrat et protection de la confiance », *RDC*, janv. 2013, n° 1, p. 336 ; **MAZEAUD (D.)**. « La confiance légitime et l'estoppel », *Rev. inter. dr. comp.*, 2006, vol. 58, n° 2, p. 363.

²⁴⁴⁵ V., entre autres : **GUERLIN (G.)**. *L'attente légitime du contractant, op. cit.* ; **LECUYER (H.)**. « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *Petites Affiches*, mai 1998, n° 54, p. 44 ; **LEMAY (P.)**. *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. CHASSAGNARD-PINET (S.), Coll. Biblio. des thèses, Paris : Mare & Martin, 2014, p. 242 et s. ; **LOKIEC (P.)**. « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.*, fév. 2007, n° 5, p. 321.

²⁴⁴⁶ **GUERLIN (G.)**. *L'attente légitime du contractant, op. cit.*, p. 375, n° 501.

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 374, n° 500.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 380, n° 509.

²⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 383, n° 514.

même contradictoire, si bien qu'elle ne conforte rien mais tout à la fois²⁴⁵⁰. Ainsi, dans un contrat d'adhésion, elle justifierait autant les attentes de l'adhérent que celles du stipulant. Une telle supposition peut être rendue possible par la lecture de l'article 1166 qui consacre une vision bilatéralisée de la théorie. Il s'agit pour le régime de droit commun du contrat de veiller aux intérêts des deux parties au contrat et non de privilégier la partie la plus faible ou la plus lésée. Autant dire que la protection de l'adhérent ne serait pas optimale... Afin de conserver une certaine cohésion juridique et garantir la sécurité juridique, même du contrat d'adhésion, il est essentiel d'avoir un fondement plus solide. C'est pourquoi, selon le professeur Guerlin, les anciens articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil – aujourd'hui les articles 1104 et 1194 – sont des fondements bien plus sûrs et intéressants que la théorie des attentes légitimes²⁴⁵¹. Dès lors, le droit français des contrats, à l'image du droit québécois, réserve un accueil mitigé quant à l'intérêt et au devenir de cette théorie. Le Code civil français renferme déjà des outils susceptibles d'aider le magistrat dans son combat contre le déséquilibre contractuel.

439. Ainsi, à l'image des articles 1432 et 1435 du Code civil du Québec, sans oublier le principe de bonne foi, les articles 1190 et 1194 du Code civil français semblent être des armes de taille pour défendre et soutenir la justice contractuelle au sein du contrat d'adhésion. C'était sans compter l'introduction d'un article relatif à la police des clauses de ce contrat, forgé pour assurer la lutte contre le déséquilibre significatif.

C. La police des clauses du contrat d'adhésion

440. Le pouvoir de police des clauses du contrat d'adhésion est principalement contenu à l'article 1171 du Code civil. Inspiré des dispositions du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence, l'article 1171 intègre dans le droit commun du contrat la notion de déséquilibre significatif (1.). Si cette intégration est certainement de taille, il n'en reste pas moins que cette nouvelle disposition peine aujourd'hui à trouver sa place au sein du droit commun (2.).

²⁴⁵⁰ GUERLIN (G.). *L'attente légitime du contractant*, op. cit., p. 585, n° 515.

²⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 391-392, n° 522.

1. L'appréhension du déséquilibre significatif

441. Remise en contexte. Inutile de rappeler ici l'émoi qu'avait suscité l'adoption de l'article 1171 au sein du Code civil français²⁴⁵². Cette réaction a pu surprendre étant donné le rapport désormais familier entre le droit français des contrats et les clauses abusives²⁴⁵³. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, et le droit de la consommation avant lui, ont indubitablement acquis une solide expérience des clauses abusives malgré les tâtonnements qui existent encore aujourd'hui. En ce sens, ils ont ouvert la marche au droit commun des contrats dont la disposition s'inspire grandement du droit de la consommation. En effet, même si leurs rédactions sont proches, les articles 1171 et L. 442-1, I, 2° du Code de commerce ne visent pas la même situation et n'ont pas la même finalité comme nous le verrons plus en détails ci-dessous²⁴⁵⁴. Dès lors, il ne sera pas surprenant, à l'avenir, de déceler une inspiration consumériste dans la décision d'un juge chargé d'appliquer l'article 1171.

442. Qu'est-ce que le déséquilibre significatif ? L'appréhension consumériste des clauses abusives viendra sans aucun doute guider le juge dans l'appréciation du déséquilibre significatif. En effet, comme l'article L. 212-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation²⁴⁵⁵, l'article 1171, alinéa 1^{er} définit la clause abusive à l'aune de cette « pierre angulaire sur laquelle repose tout l'arsenal de lutte contre les clauses abusives »²⁴⁵⁶ qu'est le déséquilibre significatif. L'article 1171, alinéa 1^{er} dispose que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». L'expression est relativement facile à comprendre lorsqu'elle est prise dans un sens courant. Lorsque l'on parle de déséquilibre significatif, l'on comprend que l'engagement souscrit s'avère « trop inégal »²⁴⁵⁷. Derrière le déséquilibre significatif se cache l'idée de

²⁴⁵² V. *supra* n° 190 et n° 194.

²⁴⁵³ **LATINA (M.)**. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion en droit français », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, *op. cit.*, p. 128, n° 4.

²⁴⁵⁴ V. *infra* n°s 504 et s.

²⁴⁵⁵ Art. L. 212-1, al. 1^{er} C. conso. : « 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 ».

²⁴⁵⁶ **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. *La notion de clause abusive : étude de droit de la consommation*, préf. LEVENEUR (L.), Coll. Biblio. des thèses, Paris : LGDJ, 2018, p. 195, n° 289.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 209, n° 306.

disproportion²⁴⁵⁸. Cette disproportion suppose une certaine gravité, un excès affiché²⁴⁵⁹, une « réelle différence entre les droits et obligations des parties »²⁴⁶⁰. A défaut, le déséquilibre ne saurait être qualifié de significatif et la clause ne sera pas caractérisée comme abusive. Mais comment saisir le déséquilibre significatif en termes juridiques ? Quelle est sa « matérialité » ?

443. Comment s'identifie le déséquilibre significatif ? L'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil nous livre un premier indice. Il dispose que : « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». D'emblée, l'on comprend que l'article 1171, alinéa 2 exclut toute conception économique du déséquilibre significatif²⁴⁶¹. Partant, le déséquilibre des valeurs n'est pas saisi par le déséquilibre significatif du droit commun. Autrement dit, le juge ne pourra pas réputer une clause non écrite pour cause de lésion. L'alinéa 2 de l'article 1171 fait écho à l'article 1168 du Code civil qui maintient le choix du droit français des contrats de ne pas consacrer la lésion. En effet, cet article dispose que : « 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 ». Cela étant dit, la situation est-elle en passe d'évoluer sous l'impulsion du droit de la consommation ? Si l'article L. 212-1, alinéa 3 du Code de la consommation interdit le contrôle, par le juge, du déséquilibre portant sur l'objet et le prix du contrat, c'est uniquement dans le cas de clauses rédigées de façon claire et compréhensible²⁴⁶². De fait, l'article L. 212-1, alinéa 3 prévoit que : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Qui plus est, la Cour de cassation a récemment laissé entrevoir une possible sanction de la lésion dans les contrats de consommation. La première Chambre civile a été la première à

²⁴⁵⁸ **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. *La notion de clause abusive : étude de droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 201, n° 307.

²⁴⁵⁹ **BLANC (N.)**. « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 157, n° 10 ; **GRATTON (L.)**. « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.*, janv. 2016, n° 1, p. 28.

²⁴⁶⁰ **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. *Ibid.*, p. 212, n° 309.

²⁴⁶¹ **LATINA (M.)**. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion en droit français », *art. préc.*, p. 133, n° 15.

²⁴⁶² **LACHIEZE (C.)**. « Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée », *Petites Affiches*, juill. 2002, n° 131, p. 4.

prendre position à l'occasion de deux arrêts²⁴⁶³ rendus à propos d'une clause de monnaie étrangère qui avait été insérée dans des contrats de prêt conclus entre des particuliers et un établissement bancaire. Les prêts avaient été consentis en francs suisse et devaient être remboursés en euros. Le taux de conversion s'opérait selon un taux de change qui, et c'est le propre d'un taux de change, était amené à évoluer. En 2009, l'euro se déprécia face au franc suisse si bien que les intérêts des prêts conclus augmentèrent. Les emprunteurs engagèrent alors une action pour que la clause de monnaie étrangère soit déclarée abusive. La Cour de cassation accueillit les demandes des emprunteurs et déclara la clause abusive au visa de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. Il est intéressant de s'arrêter quelques instants sur la motivation de la première Chambre civile. Cette dernière retient l'existence du déséquilibre significatif sans faire référence à la rédaction des clauses litigieuses. Elle intime simplement à la Cour d'appel de rechercher si l'augmentation des mensualités prévue dans la clause ne risquait pas de peser uniquement sur les emprunteurs²⁴⁶⁴. La première Chambre civile dépasse clairement ici le cadre du contrôle de la lésion permis par l'ancien article L. 132-1 pour y revenir dans un arrêt du 3 mai 2018²⁴⁶⁵ statuant sur les mêmes enjeux qu'en 2017. Les hauts magistrats refusent, cette fois-ci, de contrôler la clause prévoyant la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels aux motifs que cette dernière portait sur l'objet principal du contrat et qu'elle était rédigée en termes parfaitement clairs et compréhensibles. La Haute Cour maintient cette position dans un arrêt rendu le 14 octobre 2021²⁴⁶⁶ dans lequel la deuxième Chambre civile intime aux juges du fond d'évaluer le caractère abusif d'une clause relative au prix du contrat dès lors que cette dernière ne respectait pas les exigences de clarté et de compréhensibilité, exigences de principe rappelées à l'article L. 211-1, alinéa 1^{er} du Code de la

²⁴⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n^{os} 15-27.231 et 16-13.050, *Bull. civ.* I, n^{os} 77 et 78. **BARBIER (H.)**. « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat *via* la sanction des clauses abusives », *RTD civ.*, avr. 2017, n^o 2, p. 383.

²⁴⁶⁴ « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait des éléments de fait et de droit débattus devant elle que, selon le contrat litigieux, toute dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse avait pour conséquence d'augmenter le montant du capital restant dû et, ainsi, la durée d'amortissement du prêt d'un délai d'amortissement de cinq ans, de sorte qu'il lui incombait de rechercher d'office, notamment, si le risque de change ne pesait pas exclusivement sur l'emprunteur et si, en conséquence, la clause litigieuse n'avait pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment du consommateur [...] » ;

²⁴⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n^o 17-13.593, *Bull. civ.* I, n^o 80 : *D.*, juin 2018, n^o 24, p. 1355, note D. Mazeaud ; *RTD com.*, juill. 2018, n^o 2, p. 432, note D. Legeais.

²⁴⁶⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 14 oct. 2021, n^o 19-11.758, *Bull. civ.*, n^o 10, p. 22. A titre comparatif, v. Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2021, n^o 19-25.552, *Bull. civ.*, n^o 07, p. 117 : dès lors qu'une clause d'exclusion de garantie en cas de conduite sous état alcoolique insérée dans un contrat d'assurance est rédigée de façon claire et compréhensible, le juge n'a pas à se prononcer sur son caractère abusif au visa de l'article L. 212-1, al. 3 du Code de la consommation. Dans le même sens, v. Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2019, n^o 18-10.077, *Bull. civ.*, n^o 7, p. 242.

consommation²⁴⁶⁷. En l'espèce, un assuré avait souscrit un contrat collectif d'assurance-vie. En raison de l'application, par l'assureur, d'une table « unisexe » de conversion destinée à mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'assurance, l'assuré a vu sa rente annuelle diminuer. Il assigne donc sa compagnie d'assurance aux fins d'exécution contractuelle et pour voir être déclarée abusive la clause relative au calcul de la rente. La Cour de cassation casse l'arrêt de rejet rendu par la Cour d'appel suite à un contrôle lourd de sa motivation. Elle estime que cette dernière n'a pas satisfait à son obligation judiciaire en ne contrôlant pas le caractère abusif de la clause litigieuse qui, au regard des circonstances de l'espèce que les juges doivent prendre en considération, et bien que portant sur un élément essentiel du contrat d'assurance, était rédigée en termes peu clairs et incompréhensibles. Cette solution constitue une petite avancée en ce que la jurisprudence consumériste avait jusqu'alors toujours refusé de qualifier d'abusives des clauses portant sur les éléments principaux du contrat, jugeant que les clauses soumises à son examen étaient toujours considérées comme claires et compréhensibles. Ces quelques solutions, qui ne sont finalement pas isolées, peuvent interroger quant à la portée de l'alinéa 2 de l'article 1171. Certes, ce dernier ne reprend pas textuellement les exigences de clarté et de compréhensibilité du droit de la consommation. Or, il vient encadrer un contrat dont la rédaction est fortement sujette à des impératifs de lisibilité et de compréhensibilité. Qui plus est, cette disposition du droit commun des contrats droit est inspirée, dans l'esprit, de la disposition consumériste. Pourrait-on donc voir prochainement un détournement possible de son alinéa 2 ?

Pour le moment, le déséquilibre qui semble être envisagé par l'article 1171 est le déséquilibre de pouvoirs²⁴⁶⁸. Ce dernier se traduirait par un unilatéralisme patent et une absence de réciprocité²⁴⁶⁹. En ce sens, pour être qualifiée d'abusives, la clause non négociable d'un contrat d'adhésion devra avoir été rédigée à l'avance par la partie forte qui n'aura pas pris soin de contrebalancer ladite clause en procurant une même prérogative, ou tout autre avantage, à la partie faible. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 26

²⁴⁶⁷ Art. L. 211-1, al. 1^{er} C. conso. : « Les clauses des contrats proposées par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ».

²⁴⁶⁸ **CHANTEPIE (G.)**. « La réforme en pratique : les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJ Contrat*, mars 2015, n° 3, p. 121.

²⁴⁶⁹ **LATINA (M.)**. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion en droit français », *art. préc.*, p. 132, n° 11 ; **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. *La notion de clause abusive : étude de droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 267 et s.

janvier 2022, écarte la qualification de « clause abusive » pour la clause de résiliation de plein droit par le locateur en ce que cette dernière, malgré son unilatéralité, était compensée par d'autres clauses et obligations supportées par ledit locateur dans le montage contractuel²⁴⁷⁰. Cependant, dès l'instant où il estime une clause abusive, le juge pourra réputer non écrite ladite clause. Contrairement au juge québécois, le juge français semble avoir une marge de manœuvre plus limitée. En effet, il ne peut modifier la clause comme cela est permis à l'article 1437 du Code civil du Québec. Cependant, le réputé non-écrit a vocation à être plus sanctionnateur en ce sens que le juge, en réputant non écrite la clause, fait comme si cette dernière n'avait jamais existé. Selon la professeure Blanc, une telle sanction ne conduit pas à un rééquilibrage du contrat comme cela devrait normalement être le but de l'article 1171²⁴⁷¹. Au contraire, elle risque de faire naître un autre déséquilibre. Certes, ce déséquilibre se ferait au détriment, cette fois-ci, de la partie forte. Reste qu'il expose le contrat à un bouleversement de son économie générale. De fait, nous pouvons soutenir que l'article 1171 tient le rôle d'une disposition préventive, et surtout dissuasive, parce que comminatoire.

444. Comment s'apprécie le déséquilibre significatif ? Si l'on suit le canevas de l'alinéa 2 de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, qui dispose que : « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat », il est très probable que le juge ait à apprécier le déséquilibre du droit commun au moment de la conclusion du contrat et au regard de l'ensemble des clauses qui composent ce dernier²⁴⁷². Le juge devra, bien sûr, apprécier la clause en tant que telle. En retenant un indice unique²⁴⁷³, un déséquilibre flagrant, le juge n'aurait pas besoin de

²⁴⁷⁰ Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, *Bull. civ.*, n° 1, p. 116.

²⁴⁷¹ **BLANC (N.)**. « L'équilibre du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 158, n° 11.

²⁴⁷² **BRICKS (H.)**. *Les clauses abusives, op. cit.*, p. 10, n° 11 ; **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. *Ibid.*, p. 257 et s.

²⁴⁷³ **CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif, op. cit.*, p. 299, n° 386. L'auteure s'est attachée à réaliser un essai synthétique des différentes clauses qui pourrait tomber sous le coup du déséquilibre significatif en réalisant un recensement des clauses qui avaient été sanctionnées au visa des dispositifs du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence. Elle y dénombre les clauses conduisant à la dénégation d'un droit (p. 301 et s.), c'est-à-dire une clause qui refuserait à une partie de se prévaloir d'un droit auquel elle pouvait légitimement s'attendre (clause qui supprime le droit à réparation, clause qui interdit de demander la résiliation unilatérale du contrat) ; les clauses entraînant la surcharge d'une obligation pour l'une des parties (p. 304 et s.) (une clause qui conférerait un droit unilatéral ou un pouvoir unilatéral à l'une des parties sans contrepartie pour l'autre) ; ou encore, les clauses menant à une disproportion dans les sanctions en cas de mauvaise exécution contractuelle (p. 340 et s.). Les exemples que nous reprenons ne sont pas exhaustifs.

mettre en rapport la clause avec d'autres stipulations du contrat. Cependant, il est raisonnable de penser que le juge ne pourra pas faire l'impasse sur les autres clauses qui entourent la disposition litigieuse si bien qu'il lui faudra replacer la clause dans son contexte. Il appliquera alors la technique du faisceau d'indices pour mesurer le déséquilibre et conclure à la sanction de la clause, ou non²⁴⁷⁴. Outre les autres stipulations, le juge devra également être attentif aux circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat. Pour ce faire, pourra-t-il prendre en considération le comportement des parties à l'image de son homologue québécois ? Selon certains auteurs, l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut qu'être objective²⁴⁷⁵. Cependant, le déséquilibre significatif fait partie de ces notions que l'on appelle des « standards »²⁴⁷⁶ si bien qu'il ne peut y avoir un « critère unique et exclusif »²⁴⁷⁷ d'appréciation du déséquilibre significatif. Le standard est un modèle, un étalon de mesure ou encore, une ligne de conduite. Or, la ligne de conduite renvoie à l'idée de comportement. Ce comportement se doit d'être acceptable et raisonnable selon une conduite sociale jugée normale. Dès lors, le standard devient synonyme de « modèle de conduite de référence », d'un « comportement jugé normal, acceptable, correct, moyen »²⁴⁷⁸. Nous pouvons donc supposer qu'il sera possible pour le juge d'apprécier le comportement des parties à l'aune d'une conduite jugée normale aux yeux du droit des contrats contemporain. En ce sens, il est raisonnablement attendu de la part de la partie forte au contrat d'adhésion de respecter l'équilibre contractuel que promeut le droit des contrats d'aujourd'hui sous peine d'être sanctionnée.

En conséquence, et même si, contrairement au droit québécois, l'article 1171 ne se réfère aucunement au principe de bonne foi, nous pouvons supposer que cette disposition sera très rapidement empreinte d'une connotation morale²⁴⁷⁹ comme cela est le cas en droit québécois. En effet, si le standard du déséquilibre significatif fait appel à un comportement considéré comme normal, il renvoie à une certaine idée de normalité. Or, la normalité « se

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

²⁴⁷⁵ **CHANTEPIE (G.)**, « La réforme en pratique : les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *art. préc.*, p. 122 ; **CHAUDOUET (S.)**, *Le déséquilibre significatif, op. cit.*, p. 299, n° 385 : l'interprète du déséquilibre significatif peut « s'appuyer sur des éléments d'appréciation quelle que soit la clause en présence, mais aussi ni trop étroit, au risque de négliger de nombreuses clauses, ni trop large, sauf à ce que tout puisse constituer un déséquilibre significatif ».

²⁴⁷⁶ **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**, *Ibid.*, p. 197, n° 290.

²⁴⁷⁷ **CHAUDOUET (S.)**, *Le déséquilibre significatif, op. cit.*, p. 299, n° 385.

²⁴⁷⁸ **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**, *Ibid.*, p. 202, n° 293.

²⁴⁷⁹ *Contra* **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**, *Ibid.*, p. 210, n° 308.

construit à partir des pratiques sociales mais elle s'en détache pour recouvrir une portée normative »²⁴⁸⁰. Cette portée normative va notamment guider le juge dans l'application d'une règle de droit construite sur un standard juridique. C'est probablement l'objectif recherché par le législateur lorsqu'il utilise le standard du déséquilibre significatif à l'article 1171. « Par l'utilisation de notions au contenu non prédéterminé, le législateur aménage la variabilité de la prescription juridique. La notion au contenu non prédéterminé réalise une ouverture de la règle de droit sur les évolutions incessantes de l'état social »²⁴⁸¹. Pour interpréter, et par extension appliquer, une telle disposition, le juge est invité à puiser dans les valeurs sociales qui constituent le substrat d'une société à un instant *t* ²⁴⁸². Partant, la normalité invite à un jugement de valeur²⁴⁸³. Dans le cas particulier de l'article 1171, le jugement de valeur du magistrat va porter sur le comportement des parties, plus spécialement sur l'attitude de la partie forte. Qui plus est, n'oublions pas que la bonne foi, elle aussi standard juridique qui, dans une acception objective, permet d'évaluer le comportement des parties, constitue désormais l'un des principes fondateur et fondamental du droit français des contrats. Partant, rien n'interdirait le juge de cumuler l'article 1171 avec l'article 1104 du Code civil.

445. Quelle sanction contre la clause abusive ? Dès lors que le déséquilibre significatif est avéré, le juge doit réputer la clause abusive non écrite. Cette sanction n'a sans doute pas été choisie au hasard par un législateur qui se voulait désireux de protéger au maximum les intérêts de la partie adhérente à un contrat d'adhésion. Il aurait pu opter pour la nullité de la clause mais cette sanction n'aurait sans doute pas eu la même portée au sein du régime du contrat d'adhésion. En effet, la nullité ne raye pas d'un trait de plume la volonté des parties et n'efface pas le passé contractuel de la clause. *A contrario*, le réputé non écrit fait comme si la clause n'avait jamais été rédigée. Cette fiction juridique annihile complètement le consentement des parties pour faire comme si ce dernier n'avait jamais existé²⁴⁸⁴. Dans le cadre du contrat d'adhésion, cette fiction devient réalité puisqu'en règle générale, la partie adhérente n'aura pas consenti aux clauses accessoires du contrat souvent grevées d'un

²⁴⁸⁰ CHASSAGNARD-PINET (S.). « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La densification normative : découverte d'un processus*, THIBIERGE (C.) (dir.), Paris : Mare & Martin, 2013, p. 154.

²⁴⁸¹ CHASSAGNARD-PINET (S.). « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », p. 158.

²⁴⁸² *Ibid.*, p. 159.

²⁴⁸³ *Ibid.*, p. 154.

²⁴⁸⁴ KULLMANN (J.). « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*, 1993, chron. p. 59, spéc. p. 61.

déséquilibre significatif. L'avantage d'une telle sanction permet de maintenir intact le reste du contrat sauf si la clause litigieuse fait partie d'un ensemble contractuel. Partant, elle permet de conserver les avantages que pouvait en tirer l'une des parties au contrat. Appliquée à un contrat d'adhésion, le réputé non écrit offre donc à la partie adhérente la possibilité de tirer tous les avantages du bien ou du service pour lequel elle a conclu le contrat d'adhésion sans subir, en contrepartie, un quelconque déséquilibre. Le stipulant en tirera toujours un prix sans toutefois bénéficier d'un avantage excessif. Qui plus est, et bien que l'article 1171 soit supplétif, ce procédé d'éradication des clauses abusives permet de donner un supplément d'âme à cette disposition car il « marque la volonté du législateur de faire respecter une norme d'ordre public »²⁴⁸⁵. Il est incontestable que l'article 1171 intègre la sphère de l'ordre public de protection érigé par le législateur. Par conséquent, et alors que « la nullité sanctionne toujours un vice », le législateur, « en interdisant par avance l'insertion d'une clause », « intervient positivement afin de protéger certaines personnes et de garantir l'équilibre contractuel »²⁴⁸⁶. Le réputé non écrit est donc la sanction adéquate pour lutter contre les clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion.

2. La relative opportunité de l'article 1171 du Code civil ?

446. Quelle articulation avec l'article 1170 du Code civil ? L'article 1171 du Code civil n'amène pas seulement à s'interroger sur le sens à donner au déséquilibre significatif. Parmi ses principaux enjeux, se pose la question de son articulation avec l'article 1170 du Code civil qui dispose que : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Cette disposition consacre la jurisprudence *Chronopost*, que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer²⁴⁸⁷. L'on se souvient, en se fondant sur la cause, la Cour de cassation avait réputé non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans le contrat au profit de la société Chronopost. De fait, ladite clause portait atteinte à l'obligation essentielle du contrat qu'était le service rapide de transmission du courrier. Ainsi, elle épuisait l'intérêt du professionnel qui avait justement conclu le contrat avec Chronopost pour son service de livraison rapide du courrier confié. L'une des conditions de validité du contrat manquait donc à l'appel : la cause. Cette dernière se vit

²⁴⁸⁵ KULLMANN (J.). « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *art. préc.*, p. 63.

²⁴⁸⁶ COTTEREAU (V.). « La clause réputée non écrite », *JCP G*, 1993, n^{os} 28-29, I, doct. 3691, p. 318, n^o 18.

²⁴⁸⁷ V. *supra* n^o 83.

être transformée en instrument de justice contractuelle, et plus particulièrement en un outil de lutte contre les clauses abusives. Toutefois, l'article 1170 étend le domaine de la jurisprudence *Chronopost* car la nouvelle disposition ne vise pas à sanctionner uniquement la clause limitative de responsabilité mais toute clause qui porterait atteinte à l'essence du contrat. Or, si l'article 1170 donne désormais la possibilité au juge de réputer non écrite toute clause qui priverait un contrat de sa substance, qu'en est-il de la disposition qui vise à lutter contre les clauses abusives ? L'article 1171 ne serait-il alors qu'un doublon de l'article 1170 ? Nous pouvons en douter.

Tout d'abord, le domaine d'intervention de ces deux règles n'est pas le même. L'article 1170 vise les clauses portant sur l'obligation essentielle du contrat, de gré à gré comme d'adhésion, tandis que l'article 1171 a trait aux clauses périphériques du contrat d'adhésion²⁴⁸⁸, c'est-à-dire ses clauses secondaires, celles ne portant pas sur la substance du contrat. Puis, l'intensité de ces dispositions n'est également pas comparable. « Il est en effet très différent de condamner le débiteur qui ne s'est en réalité engagé à rien et de constater qu'une clause emporte un déséquilibre au détriment de l'autre partie »²⁴⁸⁹. La gravité du déséquilibre n'est pas la même. Dans le cas de l'article 1170, une clause qui porte atteinte à l'obligation essentielle du contrat vide ce dernier de sa substance et lui fait perdre son sens, c'est-à-dire l'intérêt poursuivi par les deux parties. Dans le cas de l'article 1171, le déséquilibre significatif ne vide pas le contrat de son essence. Cette dernière disposition vise simplement à sanctionner un abus né d'un déséquilibre des pouvoirs flagrant. En ce sens, la finalité des deux dispositions n'est pas la même. Lorsque l'un tend à devenir un outil de justice contractuelle, l'autre se contente d'être un outil de lutte contre un engagement artificiel, un outil de maintien de la cohérence contractuelle²⁴⁹⁰. De plus, et contrairement au droit québécois, le législateur français a fait le choix de distinguer les deux notions²⁴⁹¹.

²⁴⁸⁸ **BLANC (N.)**. « L'équilibre du contrat », *art. préc.*, p. 157, n° 9.

²⁴⁸⁹ **LE GAC-PECH (S.)**. « A la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », *JCP E*, sept. 2016, n° 36, comm. 1467, p. 37.

²⁴⁹⁰ Remarque énoncée par Mme la Professeure G. Cattalano-Cloarec lors de son allocution prononcée pendant le colloque organisé, en 2021, par la Chaire Jean-Louis Baudouin de la faculté de droit de l'Université de Montréal sur le thème : « Rencontres franco-québécoises : cinq ans de la réforme du droit français des contrats : questions communes, influences mutuelles ? ».

²⁴⁹¹ Alors que la réforme du droit des contrats n'était pas encore définitivement arrêtée, le professeur Chantepie avait proposé de fondre l'article 1170 dans l'article 1171 pour faire de ce dernier un équivalent de l'article 1437 du Code civil du Québec : « Une solution alternative serait de fondre l'article 1170 dans l'article 1171, lequel permettrait, par extension, de saisir l'atteinte à l'obligation essentielle, quitte à modifier sa rédaction pour l'inclure expressément, à l'image du droit québécois. L'intérêt serait évidemment de rompre franchement avec un droit causaliste, en s'appuyant

En effet, l'article 1437 du Code civil du Québec englobe la notion d'obligation essentielle au sein de la définition sur les clauses abusives. Certains auteurs québécois se sont alors interrogés sur la portée d'une telle référence, ses incidences quant à la notion de cause et ses différences avec la dénaturation du contrat que le législateur québécois semble avoir pris pour synonyme²⁴⁹². Ils en sont venus à la conclusion que l'obligation essentielle de l'article 1437 n'était qu'une illustration, un exemple, voire même un indice de clause abusive²⁴⁹³. Dans l'hypothèse où l'article 1437 viendrait à sanctionner une clause qui dénaturerait le contrat d'adhésion ou de consommation, cette action s'inscrirait toujours dans la volonté du législateur québécois de protéger le consentement de l'adhésion et/ou du consommateur et de rééquilibrer la balance des pouvoirs²⁴⁹⁴. La finalité de l'obligation essentielle québécoise est donc très différente de son homologue français qui est utilisée, quant à elle, « comme une technique qui permet d'appréhender une atteinte à l'essence contractuelle, atteinte qui crée un déséquilibre au sein du contrat et désactive sa force obligatoire »²⁴⁹⁵.

Cependant, on peut s'attendre à ce que la pratique judiciaire nuance cette distinction théorique. La Cour de cassation a rendu, il n'y a pas si longtemps, deux arrêts qui peuvent laisser perplexe. Le premier arrêt, rendu par la troisième Chambre civile le 4 février 2016²⁴⁹⁶, concernait une clause limitative de responsabilité qui avait été insérée dans un contrat conclu entre une SCI et une société chargée de contrôler la solidité d'ouvrages et d'éléments d'équipements. En l'occurrence, la SCI faisait réaliser la construction d'un ensemble de villas avec piscines dont cinq subirent des désordres. C'est alors que la SCI assigna en indemnisation la société de contrôle. La Cour d'appel de Montpellier déclara la clause abusive aux motifs qu'une telle clause de responsabilité contredisait l'obligation essentielle

plus nettement qu'auparavant sur la catégorie des contrats d'adhésion et l'idée sous-jacente du rapport de force » (« Les virtualités du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 152).

²⁴⁹² **CHARPENTIER (E.)**. « L'article 1437 du Code civil du Québec : de l'art de lire un article qui surprend », in *Mélanges Jean Pineau, op. cit.*, p. 233 ; **GHOZLAN (S.)**. « La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : études des systèmes juridiques français et québécois », *R.J.T.*, 2015, vol. 49, n° 2, p. 399.

²⁴⁹³ **GHOZLAN (S.)**. *Ibid.*, p. 434.

²⁴⁹⁴ Remarque énoncée par M. le Professeur G.-A. Berthold lors de son allocution prononcée pendant le colloque organisé, en 2021, par la Chaire Jean-Louis Baudouin de la faculté de droit de l'Université de Montréal sur le thème : « Rencontres franco-québécoises : cinq ans de la réforme du droit français des contrats : questions communes, influences mutuelles ? ».

²⁴⁹⁵ **GHOZLAN (S.)**. *Ibid.*, p. 422.

²⁴⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ.* III, n° 905 : *Contrats, conc., consom.*, avr. 2016, n° 4, comm. 105, p. 36, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *AJ Contrat*, avr. 2016, n° 4, p. 200, note S. Carval ; *Gaz. Pal.*, avr. 2016, n° 16, p. 25, note D. Houtcieff ; *Gaz. Pal.*, mars 2016, n° 12, p. 20, note D. Mazeaud ; *D.*, mars 2016, n° 11, p. 639, note C.-M. Pégion-Zika ; *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 109, note N. Sauphanor-Brouillaud.

du contrat souscrit avec la société de contrôle qui n'avait pas à se dédouaner de sa responsabilité contractuelle en cas de dommages. La Cour de cassation, suite à un contrôle lourd, confirme la décision rendue par les juges du second degré. Outre le fait qu'elle applique une disposition du droit de la consommation à un professionnel (la Cour de cassation distingue le professionnel de l'habitation du professionnel de la construction), la Haute Cour écarte pour autant le droit spécial pour revenir au droit commun et appliquer la notion de cause. De fait, elle estime que c'est « à bon droit » que la Cour d'appel a retenu que : « la clause ayant pour objet de fixer, une fois la faute contractuelle de la société Qualiconsult [la société de contrôle] établie, le maximum de dommages-intérêts que le maître d'ouvrage pourrait recevoir en fonction des honoraires perçus, s'analysait en une clause de plafonnement d'indemnisation et, contredisant la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes, constituait une clause abusive, qui devait être déclarée nulle et de nul effet, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

La seconde affaire, étudiée deux mois plus tard par la première Chambre civile de la Cour de cassation²⁴⁹⁷, portait sur une clause insérée dans un contrat d'assurance relative à l'interruption temporaire de travail. Cette dernière fut qualifiée d'abusives par la Cour d'appel qui estimait qu'elle n'était pas claire et compréhensible. En effet, elle ne définissait pas précisément les conditions de l'interruption temporaire de travail. Partant, elle entraînait une « restriction substantielle » de garantie. La Haute Cour, en exerçant son contrôle lourd, affirme que c'est « à bon droit » que la Cour d'appel a qualifié la clause litigieuse d'abusives. L'on voit ici que ce qui tient à la substance du contrat est englobé dans l'appréciation de la clause abusive. Est-ce à dire que le droit français suivra l'exemple du droit québécois ? Pour en avoir le cœur net, il nous faudra attendre les prochaines décisions qui seront rendues par la Cour de cassation sur la question. En attendant, une telle solution présage que la Haute Cour n'hésitera pas à mélanger les deux contrôles de l'équilibre contractuel bien qu'ils poursuivent des objectifs différents²⁴⁹⁸. Cela démontrerait une « exigence accrue

²⁴⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-19.107, inédit.

²⁴⁹⁸ **LE GAC-PECH (S.)**. « A la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », *art. préc.*, p. 38.

de l'équilibre contractuel »²⁴⁹⁹, ce dont on ne saurait se plaindre dans le cadre du contrat d'adhésion.

447. *Quel avenir pour la disposition ?* L'article 1170 n'arrêtera pas de sitôt de faire de l'ombre à l'article 1171²⁵⁰⁰. D'une part, parce que le champ d'application de l'article 1170 n'est pas limité au seul contrat d'adhésion. Cette disposition peut en effet s'appliquer à toutes les clauses, mêmes les clauses non négociables hors contrat d'adhésion, si bien qu'elle a vocation à embrasser tous les contrats²⁵⁰¹. D'autre part, parce que cette disposition apparaît comme un outil plus facile à manier pour l'adhérent. Certes, nous l'avons vu, les deux règles n'ont pas le même champ d'application. Cela étant dit, l'invocation par un adhérent de l'article 1170 est peut-être susceptible de modifier l'application du texte²⁵⁰². Surtout lorsque l'on sait que l'arrêt fondateur de cette règle mettait en jeu un contrat d'adhésion... Le juge sera peut-être tenté d'élargir la notion d'obligation essentielle ou, du moins, de trouver dans les clauses périphériques du contrat d'adhésion des atteintes à l'obligation essentielle du contrat. Dans tous les cas, l'article 1170 reste un outil de justice contractuelle particulièrement intéressant et attractif que l'on soit dans le cadre d'un contrat de gré à gré ou d'adhésion.

L'avenir de l'article 1171 du Code civil interroge également quant à son intérêt pratique en raison d'un champ d'application qui serait très limité. En effet, l'article 1171 ne s'appliquerait qu'à une poignée de contrats d'adhésion, à savoir, entre autres, les contrats entre particuliers (notamment conclus sur les plateformes numériques), les pactes d'associés ou encore certains contrats conclus entre des professionnels libéraux. Autant dire que l'article 1171 subira une rude concurrence de la part des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-1, I, 2° du Code de commerce. Ces dispositions, déjà bien connues

²⁴⁹⁹ *Ibid.*

²⁵⁰⁰ *Contra* **GENICON (T.)**. « Conjurer la “faiblesse obligatoire” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *art. préc.*, p. 15, n° 13 : les propos du professeur Genicon semblent confus. Au premier abord, il semblerait que l'auteur se désole de l'introduction de l'article 1170 au sein du Code civil, ce dernier étant aspiré par le domaine très large de l'article 1171. Puis, on peut avoir l'impression que l'auteur se ravise en insistant sur le fait qu'il est essentiel de donner force obligatoire à l'article 1170 dont l'objectif se distingue de celui de l'article 1171. Nous rejoignons l'auteur sur ce point mais ne sommes pas d'avis pour soutenir que l'article 1170 relève d'une « survivance anachronique » et dont le maintien est « maladroit ». Il a le potentiel de devenir une disposition autonome (V. **LATINA (M.)**. « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 20-21, n°s 45 et s.) qui risque, peut-être à l'avenir, de faire de l'ombre à l'article 1171.

²⁵⁰¹ **LATINA (M.)**. « Le régime des clauses non négociables, hors du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 160.

²⁵⁰² **BLANC (N.)**. « L'équilibre du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 158-159, n° 16.

de la pratique autant judiciaire que professionnelle, offrent toutes deux des avantages non négligeables. Le droit de la consommation permet l'action collective si bien que la décision du juge de qualifier une clause abusive au visa de cette disposition aura une portée bien plus importante que l'article 1171 qui reste une disposition individualiste²⁵⁰³. En ce sens, le juge, en ciblant une clause abusive d'un contrat particulier pourra, en cas d'action collective, faire tomber cette même clause dans d'autres contrats de consommation. L'article 1171, quant à lui, se limitera au contrat particulier soumis à l'examen du juge. Concernant l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, ce dernier présente l'intérêt d'engager la responsabilité de la partie ayant inséré une clause abusive parmi les stipulations du contrat. Est-ce à dire que l'article 1171 du Code civil est dépourvu de tout intérêt ? Nous ne le pensons pas²⁵⁰⁴. Si son intérêt technique est limité, sa dimension symbolique reste extrêmement importante. Il est le marqueur d'un droit commun des contrats plus sensible à la réalité contractuelle et au défi de justice contractuelle qu'il lui faut relever aujourd'hui. Il est l'indicateur d'un changement d'esprit de la matière et d'un renouveau de ses principes. A l'image de l'article 1437 du Code civil du Québec, il est peut-être sur le seuil de devenir, à son tour, une « icône », si ce n'est de la « nouvelle moralité contractuelle », en tout cas du changement de paradigme qu'expérimente actuellement le nouveau droit des contrats²⁵⁰⁵.

448. Reste que la concurrence des articles L. 212-1 et L. 442-1, I, 2° s'inscrit dans le cadre de l'épineuse question de l'articulation entre l'article 1171 et ces règles du droit spécial. Cette interrogation n'a de cesse de mobiliser les écrits de la doctrine et revient sur le très délicat sujet qu'est l'articulation générale entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux. Une articulation qui n'est pas sans répercussions pour le contrat d'adhésion.

* * *

Conclusion de la section 2 :

449. Si le régime français du contrat d'adhésion est complet, il reste indubitablement un régime en construction. Apportant peu de certitudes, il soulève, au contraire, beaucoup d'interrogations. Un important travail d'interprétation attend particulièrement la

²⁵⁰³ **CHANTEPIE (G.)**. « La réforme en pratique : les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *art. préc.*, p. 122.

²⁵⁰⁴ Dans le même sens, v. **CHANTEPIE (G.)**. *Ibid.*

²⁵⁰⁵ V. *supra* n° 12.

jurisprudence qui aura à s'interroger sur le sens à donner aux articles 1119 (conditions générales), 1171 (clause abusive) et 1190 (interprétation *contra proferentem*) du Code civil. Quel rôle sera amenée à jouer la Cour de cassation ? Ou plus précisément, quel rôle voudra-t-elle bien se donner ? Pouvons-nous espérer qu'elle portera son regard outre-Atlantique et s'inspirera de la jurisprudence québécoise et revenir, par exemple, sur la présomption de connaissance que sous-entend la signature ? Va-t-elle oser interpréter uniformément les contrats d'adhésion, et ainsi conférer une portée impérative à l'article 1190 ? Comment va-t-elle articuler les articles 1170 et 1171 du Code civil ? Comment va-t-elle interpréter le déséquilibre significatif ? Va-t-elle puiser dans les enseignements du droit de la consommation ou dans ceux du droit des pratiques restrictives de concurrence ? Autant de problématiques qui appellent à des réponses susceptibles de concrétiser le plein potentiel du principe de justice contractuelle.

*

*

*

* * *

Conclusion du Chapitre 2 :

450. L'objectif de protection du consentement de l'adhérent poursuivi par les législateurs français et québécois a-t-il été atteint ? Difficile à dire pour le droit français puisque le régime de droit commun du contrat d'adhésion est seulement sur le point de connaître ses premières applications pratiques par les magistrats français. De l'interprétation qu'ils feront des textes et de l'orientation qu'ils leur donneront dépendra l'effectivité des dispositions nouvellement insérées dans le Code civil. Néanmoins, il est déjà possible d'apprécier le potentiel que renferment lesdites dispositions. Le législateur français a consacré des outils pensés pour remédier au mieux au déséquilibre contractuel et réaliser le principe de justice contractuelle. Il revient désormais aux magistrats, et plus particulièrement à la Cour de cassation, d'adopter une position en conséquence, de revoir certaines présomptions, notamment celle de connaissance, et de revisiter le rôle traditionnel qui est le leur en le modernisant.

Les magistrats français peuvent compter sur l'expérience du droit québécois s'ils venaient à rechercher une inspiration et un guide dans l'application de ces nouvelles dispositions. Bien qu'il soulève encore des interrogations, la mise en œuvre du régime québécois du contrat d'adhésion présente un bilan plutôt positif. Des présomptions classiques ont été renversées, les rédacteurs et/ou stipulants ont modifié leurs habitudes d'écriture des contrats et les juges québécois ont relativement bien rempli le rôle qu'était le leur et ont ainsi répondu à la plupart des espérances nourries par la doctrine. Cependant, l'application de ce régime n'est pas parfaite. Si la mentalité judiciaire a certainement évolué, elle ne s'est pas révolutionnée. De fait, les juges québécois sont souvent critiqués pour leur timidité, voire leur inaction, notamment dans l'utilisation de l'article 1437 sanctionnant les clauses abusives.

* * *

*

Conclusion du Titre 1 :

451. Le contrat d'adhésion est sans aucun doute un contrat déséquilibré dans sa structure. Détermination unilatérale, négociation impossible, voire déséquilibre des forces : autant de caractéristiques qui mettent en avant le déséquilibre structurel qui caractérise le contrat d'adhésion. Outil incontournable de la standardisation, voire simple accessoire du bien convoité, le contrat d'adhésion n'est, néanmoins, que potentiellement déséquilibré dans son contenu. Le déséquilibre de structure n'entraîne pas automatiquement un déséquilibre du contenu obligationnel du contrat d'adhésion. Pour cela, il faudrait que la partie forte abuse de ses prérogatives. Si cela devait être le cas, les Codes civils français et québécois mettent désormais à disposition des justiciables et des magistrats un arsenal d'outils destinés à sanctionner la partie qui aurait abusé de son pouvoir et, par extension, à corriger le déséquilibre contractuel. Les régimes français et québécois du contrat d'adhésion ont tous deux pour objectif de protéger le consentement de l'adhérent et d'augmenter de façon significative les pouvoirs du juge. L'interprétation *contra proferentem*, et plus encore la détermination du contenu du contrat, mais surtout la police des clauses abusives permettent au magistrat de s'immiscer dans la relation contractuelle afin de modifier le contenu du contrat à l'avantage de l'adhérent. Fort de son expérience de plus d'une trentaine d'années, le droit québécois a fait le choix d'assouplir certaines de ses présomptions au profit de l'adhérent et la doctrine a particulièrement été réceptive des pouvoirs d'ingérence du juge au sein de la relation contractuelle.

Ces évolutions constituent autant d'avancées desquelles le droit français pourrait s'inspirer. La question qui va incessamment sous peu se poser est celle du rôle que va accepter de jouer la Cour de cassation dans la mise en œuvre du régime du contrat d'adhésion. Si l'intervention jurisprudentielle est pour l'instant encore pendante, l'insertion de la définition du contrat d'adhésion et de son régime au sein du droit positif a contribué à consolider le lien entre le contrat d'adhésion et le principe de justice contractuelle. En effet, l'objectif de protection de la partie vulnérable qui anime les règles de droit commun des contrats assoit la portée de la justice contractuelle. Ce principe se concrétise désormais dans des dispositions qui lui confèrent une portée pratique. Cependant, il n'existe

pas seulement un régime de droit commun du contrat d'adhésion. L'insertion de dispositions protectrices de l'adhérent au sein des Codes civils français et québécois ne fait pas table rase des solutions depuis longtemps proposées par certains droits spéciaux des contrats. Cela n'est pas sans conséquence – positive – sur le principe de justice contractuelle.

* * *

*

Titre 2 : L'extension de la justice contractuelle par l'articulation du régime de droit commun du contrat d'adhésion avec les règles des droits spéciaux des contrats

452. La création d'un régime de droit commun du contrat d'adhésion n'a pas reçu l'accueil enthousiaste et favorable auquel on aurait pu s'attendre. Au contraire, elle a plutôt éveillé des doutes, fait naître un certain scepticisme et remis au goût du jour la question, ô combien épineuse et délicate, de l'articulation entre le droit commun et les droits spéciaux des contrats. Parce que ces derniers proposent, depuis longtemps déjà, des outils efficaces pour corriger les déséquilibres du contrat d'adhésion, la doctrine française s'est interrogée sur l'intérêt d'avoir inséré des règles particulières à ce contrat au sein du droit commun. Ne risquent-elles pas de faire doublon avec les règles du droit spécial ? Leur champ d'application ne serait-il pas réduit à peau de chagrin ? Ces règles ne sont-elles donc pas vouées à l'inutilité ? Et finalement, était-il vraiment opportun et judicieux d'insérer la notion de contrat d'adhésion au sein du Code civil ? Ces interrogations en soulèvent une autre, plus subtile, mais qui hante constamment l'esprit des juristes : quelle est la place du droit commun aujourd'hui, dans un monde contractuel qui gravite principalement autour des droits spéciaux ?

Étonnamment, toutes ces problématiques semblent être bien plus l'apanage de la doctrine française que québécoise. Non pas que cette dernière n'y soit pas sensible ou pas concernée, mais sa façon d'appréhender les choses est très différente comparée à la France. Tout d'abord, la réforme du Code civil du Québec a été engagée bien plus tôt que celle du Code civil français. Alors que les lois spéciales se multipliaient, les juristes québécois ont rapidement contrecarré ce mouvement en modernisant leur Code civil si bien que le droit commun a très vite accueilli des règles visant à lutter contre l'inégalité contractuelle. Ensuite, la culture juridique québécoise est particulière et a appris à ses juristes à naviguer entre différents systèmes juridiques qui, à certains moments, ont coexisté, et coexistent encore. Dès lors, même si la question de l'articulation du régime de droit commun du contrat d'adhésion avec les lois spéciales se pose, elle ne revêt pas les mêmes termes qu'en droit français. Parce qu'il a une vision très pragmatique du droit commun, le droit québécois ne

conçoit pas l'articulation de ce dernier avec les lois spéciales comme un conflit mais plutôt comme une association complémentaire.

453. Cette vision du droit et de l'articulation de ses normes mériterait de devenir une source d'inspiration pour le droit français qui serait alors invité à apprécier avec justesse la complémentarité nécessaire entre le droit commun et les droits spéciaux des contrats (**Chapitre 1**). Une fois cette idée acceptée et intériorisée, l'opportunité de l'insertion d'un régime du contrat d'adhésion au sein des Codes civils, et plus particulièrement du Code civil français, ne ferait plus de doute (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : De la nécessaire complémentarité entre droit commun et droits spéciaux des contrats

454. Comme certains auteurs l'avaient déjà proposé, nous croyons qu'une autre façon de voir l'articulation entre droit commun et droits spéciaux est possible en France. La concurrence dont souffrirait le droit commun n'est que relative et ne remet jamais en cause son rôle unificateur. Plus spécialement, nous pensons que les règles du droit commun du contrat d'adhésion ont une utilité certaine et que leur insertion au sein du Code civil est pleinement justifiée. Leur articulation avec les droits spéciaux est tout à fait possible sans que cela ne remette jamais en cause ni leur efficacité ni la légitimité de l'insertion du contrat d'adhésion au sein du Code civil. Cette articulation est d'autant plus logique que les règles du droit commun, au même titre que celles du droit spécial, puisent toutes leurs racines dans un même principe, celui de justice contractuelle.

455. Loin de commander de suivre l'exemple québécois, nos propos ont, en réalité, pour objectif de démontrer qu'une autre conception de l'articulation des normes contractuelles existe. Si l'on ne peut s'en inspirer largement – nous avons parfaitement conscience que nos histoires et nos systèmes juridiques sont très différents – sans doute peut-on être invité à considérer autrement le rapport entre notre droit commun des contrats et les droits spéciaux. Afin de démontrer cette argumentation, il nous est nécessaire de faire une digression sur la notion de droit commun afin de bien cerner sa signification. Malgré les tentations et courants autonomistes convaincus, nous verrons que le droit français, loin d'être hermétique à la recherche d'une possible conciliation entre le droit commun et les droits spéciaux, a tout à gagner en adoptant une vision moins dogmatique de son droit des contrats (**Section 1**). Ce détour nous emmènera ensuite aux origines du Québec et de son droit, ce qui nous permettra de mieux comprendre le rapport québécois actuel à son droit commun et ses lois spéciales, et pourquoi la problématique de l'articulation entre ces deux entités de normes ne se pose pas de la même façon qu'en France (**Section 2**).

Section 1 : L'adoption d'une vision moins dogmatique du droit des contrats français

456. La question des rapports entre droit commun et droits spéciaux agite la doctrine française depuis maintenant de nombreuses années. Elle est si ancrée dans les esprits qu'elle

en est devenue la « pièce maîtresse du jardin à la française »²⁵⁰⁶ de la présentation doctrinale du droit des contrats. Cette configuration est pour le moins manichéenne et loin d'être consensuelle. En effet, pour des raisons tenant à l'évolution du droit français, le rapport entre droit commun et droits spéciaux est avant tout perçu et décrit comme étant conflictuel. Les droits spéciaux des contrats, d'un côté, ne cesseraient de grignoter le droit commun qui, de l'autre côté, verrait son champ d'application être réduit à la portion congrue. Il en serait fini de l'aura du droit commun qui se contenterait désormais de remplir un rôle simplement fonctionnel, voire résiduel.

Une telle conception du droit des contrats n'a évidemment pas manqué d'imprégner les débats doctrinaux tournant autour de l'insertion de la notion de contrat d'adhésion au sein du Code civil, et plus particulièrement son régime. Or, nous croyons qu'il y a une autre manière de penser le droit, une autre façon de voir l'articulation entre droit commun et droits spéciaux. Nous pensons qu'il est aujourd'hui nécessaire d'adopter une vision moins dogmatique²⁵⁰⁷ du droit des contrats.

457. Abandonner la vision dogmatique que l'on peut avoir du droit des contrats, c'est d'abord accepter de changer de point de vue et de replacer les termes du débat à leur juste place. Au lieu de tenir pour inéluctable le mouvement d'autonomisation des droits spéciaux (§ 1), voyons le dialogue qui s'instaure entre le droit commun et les droits spéciaux, et plus particulièrement les droits de la consommation et de la concurrence (§ 2). A la place de voir un droit commun morcelé ou affaibli, reconnaissons sa généralité absolue tout en acceptant sa vocation subsidiaire (§ 3).

²⁵⁰⁶ **GOLDIE-GENICON (C.)**. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. LEQUETTE (Y.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2009, p. 1, n° 1.

²⁵⁰⁷ « Dogmatique » entendu dans le sens proposé par le professeur Belley dans son article « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme » (*art. préc.* note n° 2038), p. 1047 : « J'entends ici par dogmatisme l'état d'un savoir qui se produit et se transmet davantage sur la base du principe d'autorité que du principe de vérité ».

§ 1 : L'abandon du mouvement autonomiste

458. *Le constat.* « Conflit », « combat »²⁵⁰⁸, « résistance », « subordination »²⁵⁰⁹, « reconquête »²⁵¹⁰, « rival »²⁵¹¹, « course poursuite »²⁵¹². Le vocabulaire guerrier est à l'honneur pour d'écrire « l'invasion » et « l'empiètement » par les droits spéciaux sur le droit commun des contrats²⁵¹³. Cette « emprise » des droits spéciaux fait craindre encore et toujours une « parcellisation », un « amenuisement »²⁵¹⁴, voire une « décomposition » et un « anéantissement » du droit commun²⁵¹⁵. « Reflet d'une ombre naguère prestigieuse »²⁵¹⁶, il serait désormais question de la « survie »²⁵¹⁷ du droit commun. Voilà un tableau désolant, et même quelque peu inquiétant. D'où vient cette crainte ? Comment se traduit-elle concrètement ? « Le temps du droit commun est-il révolu ou l'espoir d'un nouveau droit commun demeure-t-il ouvert ? »²⁵¹⁸.

459. *Un Code civil dépassé.* La distinction entre lois générales et lois spéciales ne date pas d'aujourd'hui et remonterait à Aristote²⁵¹⁹. Elle s'articule autour de deux principes. Le premier suppose que les lois spéciales se comprennent et s'interprètent toujours en fonction du droit commun²⁵²⁰. Le second présume que ces mêmes lois spéciales écartent les lois générales dans leur champ de compétence²⁵²¹. Deux principes qui peuvent nous paraître, *a priori*, évidents. Sauf que la « multiplication des lois de circonstances »²⁵²²,

²⁵⁰⁸ DUPOUY (S.). « Regard sur le droit des contrats spéciaux après la réforme du droit commun », *R.R.J.*, 2017, n° 2, p. 618. L'auteure tient des propos, néanmoins, nuancés en ce qu'elle met aussi en avant la complémentarité et le dialogue qui existent le droit commun des contrats et les droits spéciaux. En ce sens, elle met plus l'accent sur la complexité des relations qui existent entre ces entités normatives.

²⁵⁰⁹ DREIFUSS-NEITER (F.). « Droit de la concurrence et droit des obligations », *RTD civ.*, sept. 1990, n° 3, p. 369.

²⁵¹⁰ CAYROL (N.). « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.*, juil.-sept. 2020, n°3, p. 503.

²⁵¹¹ PIZZIO (J.-P.). « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTD com.*, janv.-mars 1998, n° 1, p. 55, n° 5.

²⁵¹² *Ibid.*, p. 62, n° 15.

²⁵¹³ IDOT (L.). « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC*, juill. 2004, n° 3, p. 882.

²⁵¹⁴ CHAGNY (M.). *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, p. 5, n° 4.

²⁵¹⁵ CHANTEPIE (G.). « Les conflits entre droits particuliers, manifestation d'une dissolution du rapport au droit commun en droit privé ? », in *Les nouvelles échelles du droit commun*, BOUMGHAR (M.), DURAND (V.) (dir.), Coll. Code économique européen, Bruxelles : Larcier, 2013, p. 54.

²⁵¹⁶ BUREAU (D.). « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *D.*, juill. 1994, n° 26, p. 297, n° 28.

²⁵¹⁷ CHAGNY (M.). *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, p. 5, n° 4 ; POLLAUD-DULIAN (F.). « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 930.

²⁵¹⁸ REMY-CORLAY (P.). « Le contrat hors du code », *Petites Affiches*, sept. 2005, n° 178, p. 10.

²⁵¹⁹ GASSIN (R.). « Lois spéciales et droit commun », *D.*, janv. 1961, p. 91, n° 2.

²⁵²⁰ *Ibid.*

²⁵²¹ *Ibid.*

²⁵²² *Ibid.*, p. 92, n° 3.

« l'émiettement du droit »²⁵²³, sa spécialisation toujours plus poussée et la publication de codes toujours plus nombreux²⁵²⁴, ont éclipsé ces deux principes. Les lois spéciales deviennent « capitales »²⁵²⁵ et font désormais de l'ombre au droit commun dont le rayonnement se fait de plus en plus faible. Elles paraissent être l'outil le plus adéquat pour faire face aux mutations toujours plus rapides de la société si bien que l'activité législative n'a cessé de s'intensifier jusqu'à engendrer une véritable inflation législative que l'on peine à enrayer aujourd'hui.

Comment cautionner un tel constat lorsque le Code civil, siège du droit commun, devait être le « parangon de l'unité »²⁵²⁶ ? Le Code Napoléon, qui marque la renaissance du droit français, avait le statut de droit premier, directeur et général. Il était considéré comme le véritable droit commun qui ne souffrait aucune concurrence²⁵²⁷. Le Code civil des français a donc, pendant longtemps, été tenu en très haute estime par les juristes français si bien qu'aux célébrations tenues en l'honneur de son centenaire, une poignée d'auteurs, l'on s'en souvient, s'est élevée pour s'opposer à sa révision²⁵²⁸. Pour ces auteurs les plus réfractaires à la révision, il était inenvisageable, voire inimaginable, de porter atteinte à ce monument. Mais alors que le Code stagnait, la société, de moins en moins homogène, évoluait toujours plus vite si bien que les besoins ressentis étaient différents et de plus en plus spécifiques. Le Code a donc été rapidement relégué au second rang, dépassé par des lois spéciales qui prenaient de plus en plus de place. C'est alors que l'idée de conflit apparut entre les défenseurs du Code et les tenants de la législation spéciale. Chaque camp arguait de l'efficacité suffisante, ou du Code, ou des lois spéciales.

460. Le mouvement d'autonomisation et la multiplication des droits communs.

Ce conflit est notamment devenu réalité à travers la notion « d'autonomie » qui n'a fait qu'attiser le débat et mis des « haies et des barbelés »²⁵²⁹ entre les différentes disciplines du

²⁵²³ **CHAZAL (J.-P.)**. « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum Jean-Calais Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Paris : Dalloz, 2004, p. 280.

²⁵²⁴ **MOLFESSIS (N.)**. « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 309 ; V. égal. **LEVENEUR (L.)**. « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, SAINTOURENS (B.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2006, p. 123, spéc. p. 127 et s. ; **POLLAUD-DULIAN (F.)**. « Du droit commun au droit spécial – et retour », *art. préc.*, p. 930.

²⁵²⁵ **GASSIN (R.)**. « Lois spéciales et droit commun », *art. préc.*, p. 92, n° 3.

²⁵²⁶ **CHAZAL (J.-P.)**. « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *art. préc.*, p. 285.

²⁵²⁷ *Ibid.*

²⁵²⁸ V. *supra* n° 62.

²⁵²⁹ **GRUA (F.)**. « Les divisions du droit », *RTD civ.*, mars 1993, n° 1, p. 64, n° 17.

droit des contrats. Les spécialistes ont alors pour souhait d'isoler leur matière de prédilection du droit commun. Ils avancent l'argument selon lequel ladite matière se suffirait désormais à elle-même si bien qu'elle pourrait se permettre de s'affranchir des autres règles de droit²⁵³⁰. Ce mouvement d'émancipation et cette revendication d'autonomie s'expliquent par la volonté desdits spécialistes de « bâtir plus librement les solutions que le droit commun ne [leur] fournit pas ou pas de façon satisfaisante. Le spécialiste s'emploie à marquer son territoire, ne serait-ce que parce qu'il considère que le généraliste ne perçoit pas bien les particularités de sa matière [...] »²⁵³¹. Contrairement au droit commun, pensé trop théorique et figé dans le temps, le droit spécial se veut être un droit « réaliste »²⁵³², en phase avec les besoins de la société et des praticiens.

Prenons le cas du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence sur lesquels nous allons plus particulièrement insister car ils sont les premiers concernés par l'application du régime de droit commun du contrat d'adhésion. Le droit de la consommation est considéré comme un « droit des obligations *bis* » car il se détacherait totalement du droit commun. Sa philosophie protectionniste s'éloignerait de l'inspiration libérale du Code si bien qu'il semble rompre tout lien avec les principes fondamentaux du droit des contrats, et notamment les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. Plus attentif aux attentes légitimes des consommateurs, le droit de la consommation est un « droit spécial qui a vocation à régir une pratique contractuelle de masse »²⁵³³ qui nécessite la mise en œuvre de règles particulières (les obligations d'information ou de conformité) et la possibilité pour les consommateurs de se tourner vers des modes de règlement des litiges « adaptés au contentieux consommériste »²⁵³⁴. Le droit de la consommation déploie une cohérence qui lui est propre et ainsi, il n'aurait pas, ou plus, besoin d'être rattaché au droit commun. Il en va de même pour le droit de la concurrence qui serait devenu le « vrai aiguillon »²⁵³⁵ du droit des contrats. Bien qu'il ait été instauré pour favoriser le bon fonctionnement du marché et sa protection, le droit de la

²⁵³⁰ GRUA (F.). « Les divisions du droit », *art. préc.*, p. 65-66, n°s 20-22.

²⁵³¹ POLLAUD-DULIAN (F.). « Du droit commun au droit spécial – et retour », *art. préc.*, p. 927.

²⁵³² *Ibid.*

²⁵³³ PIZZIO (J.-P.). « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle : bilan et perspectives », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean-Calais Auloy, op. cit.*, p. 886, n° 13.

²⁵³⁴ *Ibid.*, p. 887, n° 13.

²⁵³⁵ IDOT (L.). « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *art. préc.*, p. 884, n° 3.

concurrence français se distingue également du droit commun des contrats par la protection qu'il accorde au contractant victime de pratiques anticoncurrentielles.

Ce mouvement d'autonomisation envisage non seulement ces droits spéciaux comme des systèmes autosuffisants mais il les considère aussi comme de nouveaux droits communs²⁵³⁶. Si le droit spécial à vocation à déroger au droit commun, « il n'en a pas moins vocation à participer à la création de nouvelles règles de droit commun. Une fois atteint un certain niveau de généralité, le droit spécial finirait par devenir du droit commun »²⁵³⁷. L'autonomie des droits spéciaux suppose donc que ces droits aient une cohérence propre, une logique qui leur appartient sans avoir besoin de se référer à un quelconque droit commun²⁵³⁸. Le droit des contrats français devrait alors faire face à une multiplication de ses droits communs.

461. Une autonomie impossible. Réfléchir en termes d'autonomie des droits spéciaux, c'est adopter une certaine façon de penser et réfléchir le droit²⁵³⁹. L'idée de conflit qui caractérise la pensée juridique française découle de certitudes devenues vérités désormais profondément ancrées dans la culture juridique. Or, beaucoup de vérités auxquelles nous tenons dépendent, avant tout, du point de vue que l'on choisit d'adopter. Dans la lignée de la doctrine défendant un possible et nécessaire dialogue entre le droit commun et les droits spéciaux, nous croyons également qu'il est permis d'envisager le rapport droit commun / droits spéciaux sous un autre angle.

Tout d'abord, nous pouvons penser que le terme « autonomie » n'a pas de sens en droit et que la recherche de cette autonomie est vaine car impossible²⁵⁴⁰. Elle tire ses faiblesses de la notion même d'« autonomie » qui, appliquée à une discipline juridique, n'est pas adéquate pour décrire sa spécificité qui, elle, se conçoit parfaitement²⁵⁴¹. En effet, l'autonomie suppose l'indépendance qui suggère l'idée de non-conformité à des règles

²⁵³⁶ **CHAGNY (M.)**. *Droit de la concurrence et droit des obligations*, *op. cit.*, p. 14, n° 11 ; **POLLAUD-DULIAN (F.)**. « Du droit commun au droit spécial – et retour », *art. préc.*, p. 932.

²⁵³⁷ **CHANTEPIE (G.)**. « Les conflits entre droits particuliers, manifestation d'une dissolution du rapport au droit commun en droit privé ? », *art. préc.*, p. 62.

²⁵³⁸ *Ibid.*, p. 63.

²⁵³⁹ **GRUA (F.)**. « Les divisions du droit », *art. préc.*, p. 65, n° 18.

²⁵⁴⁰ **CHAZAL (J.-P.)**. « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *art. préc.*, p. 289 et s. ; **LEVENEUR (L.)**. « Le Code civil, un cadre normatif concurrencé », *art. préc.*, p. 139-141.

²⁵⁴¹ **GOLDIE-GENICON (C.)**. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, p. 132, n° 90.

préétablies. Le droit spécial évoluerait alors en « autarcie »²⁵⁴², ce qui n'est tout simplement pas « viable »²⁵⁴³. Le droit spécial a besoin du droit commun pour exister. Ce dernier est la « deuxième jambe »²⁵⁴⁴ sans laquelle le droit spécial ne pourrait pas tenir debout. Le droit spécial n'est pas né à partir de rien. Il provient du droit commun ou du moins, s'inscrit dans le prolongement de celui-ci. Il s'établit en conformité avec les règles préétablies du droit commun. En ce sens, le droit spécial n'est pas un système complet et autosuffisant de normes. « [...] Il ne suffit certainement pas qu'une règle apparaisse inopportune ou inique dans certains domaines pour qu'elle cesse de faire partie des sources qui les régissent [les règles spéciales] [...] »²⁵⁴⁵. Le droit spécial, ou dit « particulier »²⁵⁴⁶, reste dans le giron du droit commun car il se « nourrit aux mêmes racines profondes que le droit commun »²⁵⁴⁷.

462. Le droit spécial a besoin du droit commun pour exister, et pour le compléter. Si le droit de la consommation et le droit de la concurrence exerce une influence sur le droit commun, il ne faut pas passer sous silence l'emprise que le droit commun exerce sur ces deux droits²⁵⁴⁸. L'influence est donc réciproque.

§ 2 : Le dialogue entre le droit commun et les droits de la consommation et de la concurrence

463. *L'influence du droit commun sur les droits spéciaux.* Nous pouvons penser qu'il existe un rapport d'influence entre le droit commun et les droits spéciaux, un dialogue qui animerait un « mouvement de va-et-vient »²⁵⁴⁹ entre ces deux systèmes normatifs. Comme le droit commun des contrats, le droit de la consommation et le droit de la concurrence vont s'intéresser à la formation du contrat, à ses effets et vont, çà et là, apporter des modifications par rapport aux règles du droit commun. Le droit de la consommation va mettre l'accent sur le formalisme lorsque le droit de la concurrence va choisir de faire prévaloir une volonté sur l'autre en prévoyant que les conditions générales de vente

²⁵⁴² **GOLDIE-GENICON (C.)**. *Ibid.*, p. 135 et s.

²⁵⁴³ *Ibid.*, p. 135, n° 93.

²⁵⁴⁴ **GRUA (F.)**. « Les divisions du droit », *art. préc.*, p. 62, n° 10.

²⁵⁴⁵ **GRUA (F.)**. « Les divisions du droit », *art. préc.*, p. 67, n° 24.

²⁵⁴⁶ **CALAIS-AULOY (J.)**. « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, juin 1994, n° 2, p. 240.

²⁵⁴⁷ **GRUA (F.)**. « La fée et l'horloge », *RTD civ.*, juin 2001, n° 2, p. 322, n° 7.

²⁵⁴⁸ **PAYET (M.-S.)**. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. FRISON-ROCHE (M.-A.), Coll. Nouv. biblio. des thèses, Paris : Dalloz, 2001, p. 253 et s., et p. 363 et s.

²⁵⁴⁹ **POLLAUD-DULIAN (F.)**. « Du droit commun au droit spécial – et retour », *art. préc.*, p. 926.

prévalent sur les conditions générales d'achat lors de la négociation commerciale, alors que ces volontés sont censées être sur un même pied d'égalité en droit commun²⁵⁵⁰. Ces modifications sont des ajustements nécessaires qui trouvent leur justification dans la spécificité de la matière et des situations que ces disciplines encadrent. Cependant, elles ne remettent jamais en cause les principes du droit commun mais vont, au contraire, s'appuyer dessus. Il en va de même pour le consentement. Le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence, comme le droit commun, cherchent avant tout à protéger le consentement en s'assurant que ce dernier soit libre et éclairé²⁵⁵¹. Les deux droits spéciaux en question vont alors reprendre la théorie des vices du consentement du droit commun pour l'adapter aux besoins des individus qu'ils encadrent. Par exemple, le droit de la consommation a apporté des ajustements à la théorie du consentement en créant les obligations d'information et de loyauté. Pour ce faire, il s'est appuyé sur le principe de bonne foi²⁵⁵². Le constat est le même pour le droit des pratiques restrictives de concurrence qui a étendu le vice de violence à la violence économique et, plus largement, à l'abus de position dominante²⁵⁵³. A mesure que la pratique contractuelle se développait et donnait naissance à des contrats déséquilibrés, les droits de la consommation et de la concurrence se sont inscrits dans cette trajectoire mais ont poussé le raisonnement plus loin²⁵⁵⁴. Tout en poursuivant le même objectif d'équilibre contractuel, ils vont mettre à la disposition des contractants des outils différents. L'on pense, bien sûr, à la lutte contre les clauses abusives et le déséquilibre significatif.

²⁵⁵⁰ **FAGES (B.), MESTRE (J.)**. « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.*, janv.-mars 1998, n° 1, p. 79.

²⁵⁵¹ **CALAIS-AULOY (J.)**. « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *art. préc.*, p. 244 ; **MALURIE-VIGNAL (M.)**. « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.*, fév. 1995, n° 8, p. 51-52 ; **PAYET (M.-S.)**. *Droit de la concurrence et droit de la consommation, op. cit.*, p. 291 et s. ; **PIZZIO (J.-P.)**. « L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation », in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, MOUSSERON (J.-M.) (dir.), Paris : Litec, 1995, p. 63-64 ; **RAYMOND (G.)**. « Les contrats de consommation », in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, op. cit.*, p. 49 et s. **ROUHETTE (G.)**. « "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 247 : l'auteur estime que le droit de la consommation est un « projet anti-contractuel » (p. 258, n° 12) en ce sens qu'il est aux antipodes de la théorie générale du contrat qui contient les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté, et défend un consommateur qui est tout le contraire de l'*homo juridicus* libre et autonome (p. 256, n° 10). Il est alors complètement détaché du droit commun.

²⁵⁵² **PIZZIO (J.-P.)**. « L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation », *art. préc.*, p. 61 et p. 66 ; **CALAIS-AULOY (J.)**. « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *art. préc.*, p. 242.

²⁵⁵³ **DREIFUSS-NEITER (F.)**. « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *art. préc.*, p. 375-376.

²⁵⁵⁴ **CALAIS-AULOY (J.)**. « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *art. préc.*, p. 245 ; **MALURIE-VIGNAL (M.)**. « Droit de la concurrence et droit des contrats », *art. préc.*, p. 52 et s.

A travers ces quelques exemples, l'on prend la pleine mesure de l'emprise du droit commun sur les droits spéciaux. Il ne faut donc pas sous-estimer la « force d'attraction » du droit commun²⁵⁵⁵. Les droits spéciaux s'appuient sur les principes du droit commun pour construire des règles qu'ils vont ensuite affiner pour répondre aux problématiques spécifiques des contrats qu'ils réglementent. Tandis que l'on peut avoir l'impression que ces règles s'éloignent du droit commun, elles y sont, en réalité, étroitement attachées. Les droits spéciaux ne cessent de puiser dans les principes du droit commun auxquels ils restent profondément ancrés. Face à ce constat, l'idée d'autonomie perd en crédibilité et semble se trouver dans une impasse car le droit commun est un « droit qui innerve toutes les autres branches et dont la sève circule en elles pour leur donner vie »²⁵⁵⁶.

464. L'influence des droits spéciaux sur le droit commun. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le droit commun des contrats n'est pas insensible à l'équilibre contractuel malgré les principes qu'il a longtemps promus²⁵⁵⁷. Les anciens articles 1134, alinéa 3²⁵⁵⁸ et 1135²⁵⁵⁹ sont les témoins de la volonté des rédacteurs du Code Napoléon d'entourer le contrat conclu par les parties d'une enveloppe de principes moraux destinés à garantir une relation contractuelle équitable. Or, le droit de la consommation a permis aux juristes du droit commun des contrats de redécouvrir ces dispositions²⁵⁶⁰. C'est pourquoi la nouvelle interprétation qui avait été faite par la Cour de cassation dans l'application de ces dispositions à certaines situations n'était pas si déraisonnable que cela. Dans un article rédigé en 2005, le professeur Mazeaud donne l'exemple du fameux arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 novembre 1992²⁵⁶¹ concernant le prix de vente des produits pétroliers. Les faits de l'espèce sont les suivants : un distributeur de produits pétroliers avait conclu avec la société BP, en 1971, un premier contrat d'une durée de quinze ans qui fut prorogé jusqu'en 1988. Or, entre temps, les prix de vente des produits pétroliers au détail avaient été libérés. Malheureusement, la société BP n'avait pas donné les moyens à son distributeur,

²⁵⁵⁵ CHAGNY (M.). *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *op. cit.*, p. 6, n° 4.

²⁵⁵⁶ ROUVIERE (F.). « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », *RTD civ.*, juill.-sept. 2020, n° 3, p. 540.

²⁵⁵⁷ V. not. PIZZIO (J.-P.). « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *art. préc.*, p. 53, n° 2.

²⁵⁵⁸ Art. 1134, al. 3 anc. C. civ. : « Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

²⁵⁵⁹ Art. 1135 anc. C. civ. : « 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 ».

²⁵⁶⁰ PIZZIO (J.-P.). « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle : bilan et perspectives », *art. préc.*, p. 884, n° 8.

²⁵⁶¹ Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338.

pourtant intégré à son réseau, de pratiquer des prix concurrentiels. Selon le professeur Mazeaud, la Cour de cassation opère un tour de force en contournant le refus de modifier le contrat pour imprévision. Inspirée, voire encouragée par le droit des pratiques restrictives de concurrence²⁵⁶², la Haute Cour a décidé, en s'appuyant sur le principe de bonne foi, d'admettre une « obligation de renégocier les contrats devenus profondément déséquilibrés au cours de leurs exécutions, en raison d'événements indépendants de la volonté des contractants »²⁵⁶³. Concrètement, la Cour de cassation sanctionne la société BP qui, profitant de sa position dominante, avait refusé à son cocontractant de pratiquer des prix concurrentiels afin que ce dernier puisse faire face au bouleversement des circonstances économiques. Selon la Haute Cour, « il lui appartenait [à la société BP] d'établir un accord de coopération commerciale entrant “dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises” ». Le droit commun des obligations s'est également inspiré du droit de la consommation pour détourner la notion de cause²⁵⁶⁴. Comme nous l'avons précédemment étudié, la cause de l'ancien article 1131 du Code civil a été mis à profit par la Cour de cassation dans l'arrêt *Chronopost*²⁵⁶⁵. Si la doctrine y a particulièrement été réfractaire, c'est bien parce que la disposition de droit commun avait été détournée de sa finalité dans le but de parvenir à une protection du contractant fortement teintée des aspirations consuméristes. « Il est clair, en effet, écrit le professeur Mazeaud, que la Cour de cassation s'efforce d'assurer un équilibre contractuel minimum en matière contractuelle et qu'elle sollicite entr'autres, à défaut de pouvoir utiliser le droit de la consommation, la notion de cause qui se mue progressivement en instrument de contrôle de l'unité, de l'intérêt du contrat en considération desquels le contractant s'est engagé »²⁵⁶⁶.

Quant à l'influence du droit des pratiques restrictives de concurrence sur le droit commun, nous pouvons citer le nouvel article 1143 qui semble présenter des points de

²⁵⁶² MAZEAUD (D.). « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 85.

²⁵⁶³ *Ibid.*

²⁵⁶⁴ MAZEAUD (D.). « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.*, mars 1998, n° 1, p ; 108-109, n° 23-2.

²⁵⁶⁵ PIZZIO (J.-P.). « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle : bilan et perspectives », *art. préc.*, p. 884, n° 8. V. *supra* n° 83.

²⁵⁶⁶ MAZEAUD (D.). *Ibid.*

connexion avec l'article L. 420-2 du Code de commerce, et notamment son alinéa 2⁵⁶⁷, et la première version de l'ancien article L. 442-6, I, 2^o, b)²⁵⁶⁸. Certes, la nouvelle disposition de droit commun découle directement de la jurisprudence de la Cour de cassation du 3 avril 2002²⁵⁶⁹. Cependant, l'on ne peut passer sous silence la vraisemblable influence des textes du Code de commerce. Le premier dispose qu' : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur [...] ». Le second prévoyait que : « I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 2^o b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées, notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels [...] ». On peut retrouver un air de famille à l'article 1143 du Code civil qui prévoit qu' : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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 ». Plus large que les textes du droit des pratiques restrictives de concurrence, on comprend que l'article 1143 vise non seulement la dépendance économique mais englobe d'autres formes de dépendance qui peuvent être, par exemple, la dépendance psychologique, la dépendance affective ou la dépendance financière²⁵⁷⁰. Reste que nous pouvons imaginer que la motivation première de l'insertion de l'article 1143 au sein du Code civil s'explique, entre autres, par la volonté du législateur de contrer la violence économique.

²⁵⁶⁷ **ANDRIEUX (A.)**. « La codification de la “violence-dépendance” : une confirmation prudente des solutions prétoriennes – Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Petites Affiches*, août 2016, n^o 167, p. 8 ; **ALES (T. d’)**, **MERVEILLEUX DU VIGNAUX (C.)**. « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », *JCP E*, oct. 2016, n^o 40, étu. 1523, p. 29, n^o 4.

²⁵⁶⁸ **CHANTEPIE (G.)**, **LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 293, n^o 339 ; **BARBIER (H.)**. « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *art. préc.*, p. 51.

²⁵⁶⁹ **ANCEL (P.)**. « Article 1142 : violence économique », *RDC*, sept. 2015, n^o 3, p. 747.

²⁵⁷⁰ **CHANTEPIE (G.)**, **LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 295, n^o 340 ; **BARBIER (H.)**. « La violence par abus de dépendance », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 47.

465. La « recomposition »²⁵⁷¹ du droit commun. Cette influence des droits spéciaux s'avère véritablement bénéfique pour le droit commun qui en sort revivifié et actualisé²⁵⁷² grâce à sa capacité d'assimilation²⁵⁷³. Les réformes québécoise et française du droit des contrats en témoignent. Chacun des deux droits communs contient désormais des notions et des règles tout droit inspirées des droits spéciaux telle la règle contre les clauses abusives, l'interprétation *contra proferentem*, ou encore, pour le droit québécois en particulier, la définition du contrat de consommation. Ces deux droits communs sont dorénavant au diapason des évolutions de la pratique contractuelle, l'insertion du contrat d'adhésion dans les deux Codes ne pouvant qu'en attester. Plus encore, leur philosophie a évolué sous l'influence du droit de la consommation, et du droit des pratiques restrictives de concurrence en France. Ce mouvement de « moralisation » que nous avons étudié précédemment, qu'il se traduise par la « nouvelle moralité contractuelle » ou le solidarisme contractuel, provient bien d'une évolution du droit dont les droits spéciaux ont été les premiers à prendre le pouls et à entériner²⁵⁷⁴. Le droit commun, en accueillant en son sein les règles propres au contrat d'adhésion, s'est nourri de cette pensée dont il a finalement fait sienne. Dès lors, l'on s'aperçoit qu'au lieu de penser la relation entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux en termes conflictuels, il est tout à fait possible d'envisager une complémentarité, voire une « contamination réciproque »²⁵⁷⁵, de ces entités normatives. Les frontières autrefois si marquées semblent se déplacer et s'effacer au profit d'une plus grande fluidité entre les matières qui sont animées par un esprit identique à savoir, la protection de la partie vulnérable²⁵⁷⁶. Toutefois, et même si les frontières se brouillent, droit commun et droit spécial conservent leur spécificité et chacun, à leur façon, présente une utilité. Même si le droit commun des contrats fait aujourd'hui l'objet d'un renouvellement, le droit spécial ne doit pas pour autant être condamné à disparaître²⁵⁷⁷. Il demeure

²⁵⁷¹ **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. *Ibid.*, p. 110, n° 114. V. égal. **ROUVIERE (F.)**. « Qu'est-ce que le droit civil ? », *art. préc.*, p. 540 : « Le temps du droit civil "pur" est certes révolu car il ne peut plus se penser en autonomie. Devenu réceptacle des droits spéciaux, le droit civil tend à devenir une matière composite et dès lors ses concepts devraient être précisément construits sur la base des droits spéciaux ».

²⁵⁷² **CALAIS-AULOY (J.)**. « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *art. préc.*, p. 240 ; **MAZEAUD (D.)**. « Droit du marché et droit des obligations », *art. préc.*, mars 1998, n° 1, p. 106, n° 22.

²⁵⁷³ **CAYROL (N.)**. « Le droit civil aujourd'hui », *art. préc.*, p. 503.

²⁵⁷⁴ **BERLIOZ (G.)**. « Droit de la consommation et droit des contrats », *JPC G*, juill. 1979, n° 27, I, doct. 2954, n° 13 ; **PIZZIO (J.-P.)**. « L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation », *art. préc.*, p. 69.

²⁵⁷⁵ **MAZEAUD (D.)**. « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *art. préc.*, p. 87, n° 19.

²⁵⁷⁶ **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, op. cit.*, p. 724.

²⁵⁷⁷ *Ibid.* : le professeur Mazeaud s'interroge sur l'utilité du droit spécial lorsque le droit commun s'est nourri de l'esprit et des règles du droit de la consommation.

indispensable pour encadrer avec précision des contrats particuliers, car le droit commun ne peut contenir toutes les règles et tous les principes. La complémentarité est donc, et se doit d'être, réciproque.

466. Si le droit commun ne renferme pas les règles relatives à tous les contrats qui existent, il n'en reste pas moins essentiel pour combler les lacunes des droits spéciaux. En effet, les droits spéciaux sont également loin de former des systèmes complets de normes. Dès lors, le droit commun remplit bien plus qu'un simple rôle résiduel.

§ 3 : La généralité absolue du droit commun et sa vocation subsidiaire

467. *La « généralité absolue » du droit commun.* « Pour le droit commun, le terme de “commun” renverrait à la même idée de “partagé”, dans le sens “d’absolument général” »²⁵⁷⁸. Parce qu’il rassemble un ensemble de règles « ayant vocation à s’appliquer à tous les contrats »²⁵⁷⁹, le droit commun des contrats se définit par sa « généralité absolue »²⁵⁸⁰. Cette vocation est explicitement reprise à l’article 1105, alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose que : « Les contrats, qu’ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l’objet du présent sous-titre ». Cela signifie que les contrats, qu’ils soient nommés ou innommés, spéciaux ou *sui generis*, sont tous soumis, sans exception, aux règles du droit commun. Cette même idée est également reprise à l’article 1377 du Code civil du Québec, équivalent à la Disposition préliminaire²⁵⁸¹ mais spécifiquement prévue pour le droit des contrats. L’alinéa 1^{er} de cet article dispose que : « Les règles générales du présent chapitre s’appliquent à tout contrat, quelle qu’en soit la nature ». Comment se traduit concrètement la « généralité absolue » du droit commun des contrats ?

468. *Un droit commun « indéfini »*²⁵⁸². « Le droit commun est ainsi celui qui, par sa généralité absolue, est potentiellement applicable à toutes les situations »²⁵⁸³. Plus précisément, cela signifie que le droit commun a un domaine d’application indéfini²⁵⁸⁴.

²⁵⁷⁸ BALAT (N.). *Essai sur le droit commun, op. cit.*, p. 48, n° 70.

²⁵⁷⁹ GOLDIE-GENICON (C.). *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.*, p. 6, n° 3.

²⁵⁸⁰ BALAT (N.). *Ibid.*, p. 45, n° 63.

²⁵⁸¹ V. *infra* n°s 480 et s.

²⁵⁸² *Ibid.*, p. 53, n° 80.

²⁵⁸³ *Ibid.*, p. 50, n° 75.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 53, n° 80.

Tandis que les droits spéciaux s'appliquent à des contrats bien spécifiques, le droit commun ne connaît pas de limites. Il s'applique à tous les contrats, qu'ils soient déjà connus et encadrés, ou qu'ils soient des créations récentes de la pratique contractuelle. Parce qu'il a un domaine d'application indéfini, le propre du droit commun est de « pallier les lacunes, combler par la généralité de ses dispositions, les interstices laissés vacants par le droit spécial »²⁵⁸⁵. La généralité absolue du droit commun ne suppose pas que ce dernier doive tout prévoir et tout réglementer. Là n'est pas sa vocation qui serait, de toute façon, impossible à assumer. Le droit commun des contrats français a pour mission principale d'empêcher la formation de tout vide juridique. Son caractère général lui confère une grande faculté d'adaptation et une souplesse que n'ont pas les droits spéciaux qui ne peuvent subvenir aux besoins immédiats de la pratique contractuelle. « C'est là toute la puissance d'un droit commun dont le rayonnement le rend apte à saisir l'imprévisible, à embrasser les assemblages les plus complexes nés de l'imagination des contractants »²⁵⁸⁶. L'indéfini du droit commun fait de lui la « matrice commune »²⁵⁸⁷ de tous les contrats. Le droit commun des contrats assure l'unité de la matière et permet d'asseoir une certaine cohérence entre les règles communes et les règles spéciales. Il est le vivier dans lequel sont toujours amenés à puiser les droits spéciaux en quête de soutien. Mais voilà, le droit commun ne serait qu'un « soutien » aux droits spéciaux. Il ne s'appliquerait qu'en cas de besoin, lorsqu'aucune autre règle ne trouve à s'appliquer. L'on découvre ici la vocation subsidiaire du droit commun.

469. La subsidiarité du droit commun. Cette subsidiarité s'explique par le fait même que le droit commun ait à combler les lacunes des droits spéciaux et prévenir les vides juridiques. Partant, « la subsidiarité d'une règle de droit commun, c'est-à-dire son applicabilité en dernier ressort, faute de toute autre règle applicable à une situation, apparaît comme une conséquence nécessaire du domaine d'application indéfini de cette règle »²⁵⁸⁸. Dès lors, la subsidiarité est irrémédiablement attachée au droit commun. Elle est une fonction « indispensable »²⁵⁸⁹, voire même « consubstantielle »²⁵⁹⁰, du droit commun pour compléter les règles spéciales qui ne forment pas des systèmes juridiques complets.

²⁵⁸⁵ **GOLDIE-GENICON (C.)**. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., p. 366, n° 287.

²⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 366-367, n° 288.

²⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 369, n° 292.

²⁵⁸⁸ **BALAT (N.)**. *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 54, n° 82.

²⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 56, n° 87.

²⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 59, n° 88.

Aux yeux du professeur Balat, cette subsidiarité va plus loin en ce qu'elle deviendrait obligatoire²⁵⁹¹, c'est-à-dire qu'à partir du moment où aucune règle de droit spécial ne peut s'appliquer à un cas d'espèce, le droit commun s'appliquerait automatiquement. « Par nécessité technique, écrit l'auteur, le juge est donc tenu d'appliquer le droit commun en l'absence de règle spéciale. Refuser, dans cette situation, d'appliquer une règle de droit commun, revient à consacrer, selon l'auteur, une violation de cette règle par refus d'application. Il s'agit d'une nécessité technique générale »²⁵⁹², estime l'auteur. Le droit spécial « comporte des imprécisions, des lacunes, des failles, des imperfections qui l'empêchent de régir intégralement ou efficacement les situations qui entrent dans son champ d'application, d'où le recours nécessaire au droit commun »²⁵⁹³.

Cette idée de subsidiarité est sous-entendue à l'article 1105 du Code civil qui dispose dans son dernier alinéa que : « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». L'on reconnaît ici l'adage selon lequel « le spécial déroge au général » et nous pouvons penser que c'est en ce sens qu'il faut lire et comprendre l'expression « sous réserve ». A partir de l'instant où l'application d'une règle spéciale sied à un cas d'espèce, la règle de droit commun doit être évacuée. A l'inverse, si aucune règle spéciale ne permet de répondre à une problématique juridique soulevée par une situation de fait, le droit commun doit impérativement combler ce vide juridique en s'appliquant. Le droit commun reprend la main car, comme le sous-entend l'alinéa premier de l'article 1105 : « tous les contrats, quelle que soit leur qualification, qu'ils soient nommés ou innomés, sont donc soumis à un corps de règles communes »²⁵⁹⁴. Faut-il, néanmoins, élargir le sens de l'expression ? Cette dernière suggère-t-elle une accumulation des règles de droit commun et des règles spéciales « sous réserve qu'il n'y ait pas d'antinomie »²⁵⁹⁵ ? Rien, dans ce troisième alinéa, « n'exclut formellement l'application du droit commun en présence de règles de droit spécial »²⁵⁹⁶ si bien qu'une telle interprétation peut être tout à fait recevable, et pourquoi pas bienvenue. Encore une fois, il nous semble important de rappeler qu'il ne faut pas forcément mesurer les liens entre droit commun et droits spéciaux en termes de conflit ou

²⁵⁹¹ **BALAT (N.)**. *Essai sur le droit commun, op. cit.*, p. 54, n° 82.

²⁵⁹² *Ibid.*, p. 60, n° 90.

²⁵⁹³ **MAZEAUD (D.)**. « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *art. préc.*, p. 81, n° 13.

²⁵⁹⁴ **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 109, n° 114.

²⁵⁹⁵ **CHANTEPIE (G.), DISSAUX (N.)**. « Rapport introductif », *art. préc.*, p. 573.

²⁵⁹⁶ **CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**. *Ibid.*, p. 112, n° 116.

d’empiètement de l’un sur l’autre, mais apprécier leur complémentarité. Si le cumul d’une disposition de droit commun et une règle de droit spécial permet de mieux servir l’intérêt d’un justiciable, n’est-ce pas là un effet souhaitable de l’articulation des normes ?

Le droit commun des contrats comme les droits spéciaux ont chacun un rôle différent à jouer, des objectifs distincts à atteindre, et l’un n’est pas supérieur à l’autre. Ce n’est pas parce que le droit commun n’a qu’une vocation subsidiaire qu’il est d’importance moindre par rapport aux droits spéciaux, et qu’il n’a plus de raison d’être. Bien au contraire, il a d’autant plus de raisons d’exister que les droits spéciaux se multiplient. Comme l’avait souligné un auteur québécois, cette multiplication n’est pas à craindre, car elle ne ferait que renforcer la vocation subsidiaire du droit commun et partant, sa généralité absolue²⁵⁹⁷.

* * *

Conclusion de la section 1 :

470. « Le morcellement du droit des contrats [n’aura] pas eu raison du droit commun »²⁵⁹⁸. Ce dernier conserve son aura qui est sans cesse renouvelée. Pour se satisfaire de cette affirmation, il est nécessaire d’adopter une vision moins dogmatique, moins binaire du droit des contrats. Il n’y a pas d’un côté le droit commun, réduit à peau de chagrin car grignoté par des droits spéciaux qui, de l’autre côté, aspireraient à devenir autonomes. Il faut abandonner cet élan autonomiste qui ne peut avoir de sens lorsque l’on sait que les droits spéciaux ne peuvent exister sans le soutien du droit commun. Au contraire, les droits spéciaux se nourrissent des principes du droit commun qui s’inspire, en retour, des innovations proposées par les droits particuliers. En ce sens, il existe un dialogue entre le droit commun et les droits spéciaux, en particulier ceux de la consommation et des pratiques restrictives de concurrence qui retiennent notre attention dans cette étude. Ce dialogue est également rendu possible par le rôle rempli par le droit commun et celui tenu par les droits spéciaux. Le droit commun, dont la finalité essentielle est d’être général, ne peut subvenir à toutes les nécessités pratiques des différents contrats spéciaux. C’est ici

²⁵⁹⁷ JUNEAU (M.). *Essai sur la notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de l’Université Laval, Québec, 2009, p. 224.

²⁵⁹⁸ GOLDIE-GENICON (C.). *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, p. 17, n° 10.

qu'entrent en jeu les règles spéciales qui vont alors apporter des réponses sur-mesure à ces problématiques particulières. Toutefois, à partir du moment où aucune règle spéciale ne peut apporter de solution, il faut appliquer les règles du droit commun qui ont une vocation consubstantiellement subsidiaire. Leur rôle est bien de suppléer aux lacunes des règles spéciales afin de combler les vides juridiques, véritables viviers d'insécurité juridique et causes de rupture de l'égalité.

Nous allons maintenant voir que la vocation subsidiaire du droit commun, et son incomplétude, sont parfaitement assumées par le droit québécois qui se doit de jongler entre plusieurs systèmes de normes de familles juridiques différentes. Partant, le rapport des juristes québécois à leur droit commun et aux lois spéciales est plus serein que le nôtre ce qui leur permet d'optimiser les avantages offerts autant par le droit commun que par les lois spéciales.

*

*

*

Section 2 : Le rapport québécois au droit commun et aux lois spéciales

471. Dans une province de droit mixte comme le Québec, faisant partie d'un Etat fédéral reconnaissant le bijuridisme, il n'est pas surprenant de lire que le droit commun peut revêtir plusieurs sens et être composé de différentes couches. L'accumulation de ces couches s'explique par l'histoire même du Québec et de sa construction comme province à part entière (§1). Héritiers de cette histoire, les juristes québécois parlent rarement, sinon jamais, de concurrence entre le droit commun et les lois spéciales. Au contraire, leur culture juridique reflète un état d'esprit qui les amène à défendre une complémentarité bienvenue entre le droit commun et les lois spéciales (§2).

§ 1 : L'influence de l'histoire québécoise sur la notion de droit commun

472. Pour mieux comprendre la conception qu'ont les juristes québécois de leur droit commun et de son articulation avec les lois spéciales, il nous faut remonter aux origines de la Nouvelle-France. De la Coutume de Paris au Code civil du Bas-Canada, en passant par les Lois d'Angleterre, le Québec est petit à petit devenu le carrefour de différents systèmes et traditions juridiques en se construisant sur une multiplicité de droits communs. Ces droits communs se sont d'abord superposés pour coexister ensemble (A.) puis se sont fondus dans un droit commun unique (B.).

A. La coexistence de deux droits communs

473. *La Coutume de Paris, droit commun de la Nouvelle-France.* Le Québec est la seule province canadienne à avoir fait le choix d'adopter, ou plus justement de conserver, un système bi-juridique. Cela tient à l'héritage de l'histoire coloniale de la province. Longtemps colonie-comptoir, ce qui s'appelait autrefois la Nouvelle-France fut administrée par des compagnies coloniales qui avaient pour mission de développer le commerce dans cette région du monde et de veiller à sa bonne administration. Ces compagnies, originaires de différentes régions de France, mais plus particulièrement de Normandie et de Bretagne, appliquaient alors le droit coutumier avec lequel elles étaient familières. C'est la Compagnie des Cent-Associés qui introduisit pour la première fois la Coutume de Paris sur le territoire

de la Nouvelle-France²⁵⁹⁹. Elle n'était cependant pas la seule coutume appliquée puisque différentes coutumes bretonnes et normandes faisaient encore autorité²⁶⁰⁰. Par ordre du roi Louis XIV, Colbert établit, en 1664, la Compagnie des Indes Occidentales qui imposa la Coutume de Paris comme droit de référence en Nouvelle-France²⁶⁰¹. Alors qu'elle était un droit propre à la capitale française et sa région, la Coutume de Paris obtint le statut de « droit commun en Nouvelle-France »²⁶⁰² puisque devint le seul droit applicable sur le territoire. Aux côtés de ce « cadre fondamental du droit privé applicable au Canada »²⁶⁰³, l'on comptait également le droit romain, le droit canonique, les ordonnances royales ainsi que les arrêts du Conseil d'Etat des rois de France rendus pour le Canada, ceux rendus par le Conseil souverain²⁶⁰⁴ et les édits et ordonnances enregistrés par lui²⁶⁰⁵. Les autres coutumes continuèrent à s'appliquer à la marge du droit commun. Le Canada de l'époque disposait donc, jusqu'en 1759, d'un droit relativement unifié car son droit commun, comme ses droits subsidiaires, étaient issus du droit français.

474. Du statu quo à l'imposition du droit anglais. La Guerre de Sept Ans allait définitivement bouleverser les choses. Ce conflit opposa principalement le Royaume de France à celui de Grande-Bretagne dans leurs colonies de par le monde. Le prélude à ce conflit fut la signature du Traité d'Aix-la-Chapelle en 1748 qui avait pour objectif, entre autres, de mieux délimiter les frontières des colonies françaises et britanniques situées en Amérique²⁶⁰⁶. Malheureusement, les indications demeurèrent très vagues si bien que la France, comme l'Angleterre, se plaindrait d'atteintes, d'empiètements et d'usurpations par le camp adverse sur leur territoire respectif. La Nouvelle-France n'échappa évidemment pas

²⁵⁹⁹ JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de l'Université Laval, Québec, 2009, p. 18-19.

²⁶⁰⁰ *Ibid.*

²⁶⁰¹ TESTARD DE MONTIGNY (B.A.). *Histoire du droit canadien*, Montréal : Eusèbe Sénéchal, 1869, p. 18.

²⁶⁰² *Ibid.*, p. 21.

²⁶⁰³ *Ibid.*, p. 22.

²⁶⁰⁴ Le Conseil souverain était un organe de direction et de gestion de la colonie mis en place par le roi Louis XIV lorsque celui-ci estima qu'il était trop difficile de gérer les affaires canadiennes depuis la France. Il instaura donc ce Conseil qui avait pour mission de régler les dépenses des deniers publics, gérer les relations avec les Premières Nations, encadrer les relations commerciales et avait également compétence en matière de police : TESTARD DE MONTIGNY (B.A.). *Histoire du droit canadien*, *op. cit.*, p. 16-17.

²⁶⁰⁵ LEMIEUX (R.). *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal : LGDJ, 1901, p. 246.

²⁶⁰⁶ Le Traité d'Aix-la-Chapelle est un traité de paix qui fut signé à la fin de la Guerre de Succession d'Autriche qui opposa les Etats soutenant Marie-Thérèse d'Autriche, alors première femme héritière de terres héréditaires, et les Etats soutenant le roi de Prusse qui s'était emparé desdites terres. Le royaume de France se rangea au côté du roi de Prusse tandis que le royaume d'Angleterre apportât son soutien à Marie-Thérèse d'Autriche. Cette guerre européenne dépassa les frontières et se déroula également en mer, mais aussi en Amérique où les français et les britanniques se battirent aux portes de leurs colonies. Cette guerre mit véritablement le « feu aux poudres » si bien que la Guerre de Sept Ans est une suite logique à ce conflit européen.

à la Guerre de Sept Ans et tomba rapidement entre les mains des britanniques. Québec capitula le 18 septembre 1759, soit quelques jours après la bataille des Plaines d'Abraham. En septembre 1760, soit un an plus tard, c'est Montréal qui rendit les armes. Se posa alors la question du droit applicable au sein de la colonie. Le marquis de Vaudreuil, alors gouverneur de la Nouvelle-France, demanda, dans l'acte de capitulation de Montréal, que soit maintenue la Coutume de Paris et qu'elle « reste applicable aux Français, Canadiens et Acadiens »²⁶⁰⁷. La réponse des britanniques fut sans appel : « Ils deviennent Sujets du Roy ». Si elle était franche, cette réponse ne constituait pour autant ni un refus ni un accord explicite si bien qu'il était légitime de se demander si le droit anglais allait désormais s'appliquer²⁶⁰⁸. De fait, la *common law* prévoyait qu'en cas de conquête d'un territoire dont la population était chrétienne, le droit local restait en vigueur jusqu'à ce qu'il soit modifié par le roi²⁶⁰⁹. Dès lors, de 1760 à 1763, outre l'application du droit militaire dans les villes occupées par l'armée²⁶¹⁰, ce fut le *statu quo* en Nouvelle-France qui restait régié par la Coutume de Paris. Seul le droit criminel fut encadré par le droit anglais²⁶¹¹. Ce *statu quo* s'expliquait par le fait que la Guerre de Sept Ans faisait toujours rage en Europe et opposait encore les français et les britanniques. C'est pourquoi la Nouvelle-France ne fut pas immédiatement cédée à l'Angleterre. Il faudra attendre la victoire des britanniques sur les plaines de la Saxe en 1763 pour que soit décidé le sort du Canada et des autres territoires occupés par la France²⁶¹².

Néanmoins, la situation commença tout de même à évoluer à partir de 1762 avec la rédaction des ordonnances du général Murray. Ce dernier, pour maintenir la paix au sein de la colonie et conserver les coutumes locales, demanda à ce que les Canadiens-français prêtent allégeance au roi et se soumettent à ses ordres²⁶¹³. Le sort de la Nouvelle-France fut définitivement scellé suite à la Proclamation Royale de 1763 qui fut établie après la signature du Traité de Paris de la même année. Ce traité de paix encadrerait la cession officielle de la

²⁶⁰⁷ LAREAU (E.). *Histoire du droit canadien : depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. 2, Montréal : LGDJ, 1889, p. 2.

²⁶⁰⁸ *Ibid.*

²⁶⁰⁹ MORIN (M.). « Les grandes dates de l'histoire du droit québécois, 1760-1867 », in *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'Etat*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1998, p. 294.

²⁶¹⁰ *Ibid.* ; LAREAU (E.). *Histoire du droit canadien : depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 25.

²⁶¹¹ TESTARD DE MONTIGNY (B.A.). *Histoire du droit canadien*, *op. cit.*, p. 200.

²⁶¹² LAREAU (E.). *Ibid.*, p. 2.

²⁶¹³ MORIN (M.). « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », *R. du B.*, 1997, vol. 57, n° 2, p. 689.

Nouvelle-France à la Couronne d'Angleterre. A cet instant, l'ancien droit français fut remplacé par le droit anglais dans presque tous les domaines de la vie quotidienne, politique et économique²⁶¹⁴. Un système judiciaire calqué sur le modèle britannique fut également mis en place²⁶¹⁵. Toutefois, l'ancien droit français ne disparut pas complètement. En effet, les historiens du droit ont relevé que certains tribunaux continuèrent d'appliquer la Coutume de Paris, notamment lorsque les plaideurs étaient tous deux Canadiens-français²⁶¹⁶.

475. La naissance de la dualité de droits communs. A la veille de la Guerre d'indépendance des Etats-Unis, qui se déclara en 1775, fut signé l'Acte de Québec de 1774 qui réinstaura l'ancien droit français, et plus précisément les « Lois et Coutumes du Canada », mais uniquement pour les « property and civil rights », ce qui sera par la suite entendu comme étant le droit civil. Le droit anglais restait en vigueur pour le droit public et le droit criminel de la colonie. Apparaît alors la « dualité de droits communs »²⁶¹⁷ qui caractérise encore aujourd'hui le Québec. Cette dualité fut d'autant plus marquée que les juges anglais, malgré les dispositions de l'Acte de Québec, continuaient d'appliquer la *common law*, même en affaire privée, tandis que les juges canadiens-français appliquaient le droit canadien²⁶¹⁸. Cette dualité se transforma en véritable « dichotomie »²⁶¹⁹ lors de l'adoption de l'Acte constitutionnel de 1791. Le Canada fut alors divisé en deux entre le Haut et le Bas-Canada. Le Haut-Canada (actuel Ontario) choisit pour droit commun la *common law* d'Angleterre tandis que le Bas-Canada (actuel Québec) opta pour l'ancien droit français. Cette dichotomie fait figure d'une véritable *summa divisio*²⁶²⁰ qui se perpétua lors de la réunion des deux provinces en 1840.

L'Acte d'Union créa le Canada-Uni au sein duquel vont cohabiter deux systèmes juridiques distincts fondés sur deux droits communs différents ce qui lui vaut d'être qualifié,

²⁶¹⁴ A l'exception de la propriété immobilière et des successions.

²⁶¹⁵ **TESTARD DE MONTIGNY (B.A.)**. *Histoire du droit canadien*, *op. cit.*, p. 205.

²⁶¹⁶ **JUNEAU (M.)**. *La notion de droit commun en droit civil québécois*, *op. cit.*, p. 26 ; **MORIN (M.)**. « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », *art. préc.*, p. 692 ; **MORIN (M.)**. « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, *op. cit.*, p. 13 et s.

²⁶¹⁷ **JUNEAU (M.)**. *La notion de droit commun en droit civil québécois*, *op. cit.*, p. 29.

²⁶¹⁸ **TESTARD DE MONTIGNY (B.A.)**. *Histoire du droit canadien*, *op. cit.*, p. 240.

²⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 34.

²⁶²⁰ *Ibid.*

aujourd'hui, de « fédéralisme officieux »²⁶²¹. En effet, l'Acte d'Union ne remit pas du tout en cause l'Acte de Québec puisque son article 46 précisait que les règles en vigueur au Bas-Canada continuaient de s'appliquer²⁶²². Or, qui dit Canada-Uni, dit Parlement unique. Ce Parlement était composé d'une majorité d'anglophones, le découpage des circonscriptions des provinces ayant été réalisé pour favoriser une telle majorité. De plus, le Canada avait vu sa population anglophone augmenter suite à la fuite des loyalistes vers le Canada après la défaite de l'Angleterre durant la Guerre d'indépendance américaine. Partant, les lois qui allaient être adoptées par ce Parlement unique étaient clairement de *common law* ou inspirées de la *common law* britannique. Le Bas-Canada n'avait d'autre choix que d'intégrer ces lois dans son système juridique ce qui amenait les juristes bas-canadiens à devoir jongler entre deux droits communs²⁶²³. Il en allait, par exemple, de la loi sur les faillites, les courtiers, ou encore les règles de procédure civile²⁶²⁴. L'infiltration de la *common law* se fera d'autant plus forte après 1848, avec l'abolition des lois sur l'usure et celles encadrant le régime seigneurial²⁶²⁵ qui avait pourtant été maintenu à la suite des demandes du marquis de Vaudreuil lors de la capitulation de Montréal.

Il était évident que le droit de *common law* prenait clairement le pas sur le droit civil dont il devenait urgent de défendre l'intégrité. C'est pourquoi fut adopté, en 1857, l'Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure. Le projet de codification était officiellement lancé et le droit d'origine française n'allait pas tarder à devenir le droit commun unique.

B. L'essor d'un droit commun unique

476. L'affirmation du droit commun à travers le Code civil. La loi de 1857 nommait les commissaires à la codification et précisait que les lois d'Angleterre ne seraient plus applicables sur le territoire du Bas-Canada²⁶²⁶. Cela étant, cela ne voulait pas dire que la

²⁶²¹ **LE MAY (D.), TREMBLAY (G.)**. *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, 4^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, p. 87.

²⁶²² **MORIN (M.)**. « Les grandes dates de l'histoire du droit québécois, 1760-1867 », *art. préc.*, p. 300.

²⁶²³ C'est encore le cas aujourd'hui. Les juges québécois doivent parfois, pour un même litige, statuer à la fois sur des points de droit civil mais aussi de *common law* : **LE MAY (D.), TREMBLAY (G.)**. *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, *op. cit.*, p. 93.

²⁶²⁴ **MORIN (M.)**. « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », *art. préc.*, p. 7.

²⁶²⁵ *Ibid.*, p. 8.

²⁶²⁶ **JUNEAU (M.)**. *La notion de droit commun en droit civil québécois*, *op. cit.*, p. 38.

common law était totalement écartée. Son champ d'action était dorénavant limité au droit public, le droit privé étant l'apanage du droit de la Nouvelle-France qui constituait désormais le droit commun unique, à vocation générale et permanente pour le Bas-Canada²⁶²⁷. La loi de 1857 choisit donc de conserver une certaine mixité du droit bas-canadien. Cette mixité du système n'était pas pour autant synonyme de coexistence des deux droits communs comme cela fut le cas auparavant. Elle signifiait simplement que les sources du droit québécois étaient diversifiées et surtout duales²⁶²⁸.

L'idée d'une codification était déjà apparue dans les années 1830²⁶²⁹. Toutefois, l'initiative se révéla impossible à mettre en œuvre en raison d'un contexte politique et économique très tendu. Pourtant, les juristes bas-canadiens avaient pleinement conscience de la nécessité de moderniser leur droit qui était encore celui de la Nouvelle-France, donc l'ancien droit français. Qui plus est, le cumul des droits anglais, colonial et du nouveau droit français était également devenu trop difficile à gérer²⁶³⁰. Outre sa mission d'ordonnement du droit²⁶³¹, le processus de codification avait donc principalement pour but de faire de l'ancien droit français le droit commun du Bas-Canada dont le Code devait en être le réceptacle. Cette volonté de démarcation et d'affirmation d'un droit commun unique forgea le symbole qu'a été le Code. Plus qu'un outil juridique, il devint le marqueur identitaire de la société canadienne-française²⁶³². Cela est d'autant plus vrai qu'il fut adopté en 1866, soit un an avant l'Acte de l'Amérique du Nord britannique voté en 1867 qui constitue la première pierre vers la construction du Canada tel que nous le connaissons aujourd'hui²⁶³³.

La Loi constitutionnelle de 1867 créa l'Union fédérale qui rassemblait alors les provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick en une seule et même puissance, appelée *Dominion*, placée sous la tutelle de la Couronne britannique. Partant, il lui fallut répartir les compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les provinces. La province du Bas-Canada, comme celle du Haut-Canada, se vit attribuer une

²⁶²⁷ JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois*, op. cit., p. 39.

²⁶²⁸ *Ibid.*

²⁶²⁹ MORIN (M.). « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », art. préc., p. 23.

²⁶³⁰ *Ibid.*, p. 20.

²⁶³¹ V. *supra* n° 109.

²⁶³² LE MAY (D.), TREMBLAY (G.). *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, op. cit., p. 91. V. *supra* n° 261.

²⁶³³ V. *supra* n° 109.

compétence générale tandis que le gouvernement fédéral reçoit une compétence exclusive, mais d'exception, pour certaines matières, notamment la défense, le droit criminel, les modes extra-provinciaux de transport et de communication²⁶³⁴. Cette compétence exclusive fut également réservée pour certaines matières de droit privé telle la faillite, les banques, ou encore le mariage²⁶³⁵ et le divorce. Autant de matières qui auraient dû relever de la compétence de la province du Bas-Canada. Ici, les deux droits entraînent, et entrent encore aujourd'hui, véritablement en concurrence²⁶³⁶. Partant, dès lors qu'une loi fédérale est silencieuse ou incomplète dans un domaine qui relèverait du droit privé, il fallait se référer au Code civil du Bas-Canada, aujourd'hui au Code civil du Québec²⁶³⁷. « La législation fédérale de droit privé est donc inscrite dans un rapport de dépendance objective par rapport au Code civil »²⁶³⁸. Cela est d'autant plus flagrant que le droit bas-canadien (comme le droit québécois aujourd'hui) s'inscrivait dans un système d'origine et d'inspiration française tandis que le droit fédéral est avant tout d'origine et d'inspiration anglaise²⁶³⁹. Cette articulation entre droit commun bas-canadien et droit fédéral fut consacrée par la Cour suprême du Canada qui, dans un arrêt de 1894, a estimé que le droit fédéral ne pouvait être considéré comme le droit commun applicable à l'ensemble du territoire canadien puisque chacune des provinces détient son propre système juridique qui constitue le droit commun²⁶⁴⁰.

Il faut cependant noter que ce rapport de dépendance ne signifie pas pour autant que le droit fédéral trouve son fondement dans le Code civil, qu'il soit du Bas-Canada ou

²⁶³⁴ **LE MAY (D.), TREMBLAU (G.)**. *Ibid.*, p. 72 ; **BRISSON (J.-M.)**. « Le Code civil, droit commun ? », in *Le Nouveau Code civil : interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1993, p. 298.

²⁶³⁵ A noter qu'une distinction s'impose dans le cas du mariage : seules les conditions de fond relèvent de la compétence fédérale. Les conditions de forme demeurent dans le giron de la compétence des provinces.

²⁶³⁶ **LE MAY (D.), TREMBLAY (G.)**. *Ibid.*, p. 71.

²⁶³⁷ **JUNEAU (M.)**. *La notion de droit commun en droit civil québécois, op. cit.*, p. 154 ; *Hinse c. Canada (Procureur Général)*, 2015 C.S.C 35 (CanLII), [2015] 2 R.C.S. 621, § 21.

Le rapport de dépendance qui existe entre le droit fédéral et le Code civil du Québec ne signifie nullement que le droit fédéral trouve son fondement dans le Code. Ce dernier ne constitue pas une source du droit fédéral qui forme une entité indépendante. Se pose alors la question d'une nouvelle coexistence possible entre deux droits communs au Québec : le droit civil et le droit fédéral. Ont-ils tous deux la même valeur ? Y en a-t-il un qui supplante l'autre ? Les auteurs sont divisés sur cette question. Certains auteurs estiment que seul le droit civil aurait préséance tandis que d'autres défendent l'idée d'une coexistence entre ces deux droits (V. par ex. **BRIERLEY (J.E.C.)**. « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence : PUAM, 1989, p. 114, n° 18).

²⁶³⁸ **BRISSON (J.-M.)**. *Ibid.*

²⁶³⁹ **LE MAY (D.), TREMBLAY (G.)**. *Une grille d'analyse pour le droit du Québec, op. cit.*, p. 80.

²⁶⁴⁰ *Québec (Ville) c. La Reine* (1894), 24 R.C.S. 420, p. 428-429.

du Québec²⁶⁴¹. Le Code civil, qui n'a qu'une vocation supplétive, n'est pas une source du droit fédéral²⁶⁴². Se pose alors la question d'une nouvelle coexistence possible entre deux droits communs au Québec. Y-a-t-il deux droits communs, un fédéral et un provincial ? Ou n'y a-t-il qu'un seul droit commun ? Pour la majorité des auteurs québécois, il n'y aurait qu'un seul droit commun qui serait le droit civil québécois²⁶⁴³. D'autres, au contraire, défendent l'idée d'une coexistence entre ces deux droits²⁶⁴⁴. L'on saisit ici tout l'enjeu de l'articulation entre le droit fédéral et le droit provincial mais aussi la réalité dans laquelle a évolué, et évolue encore, le droit québécois. Il était donc important pour lui, et ce encore aujourd'hui, d'affirmer que le droit civil, dont le Code est le vecteur d'expression par excellence, était et reste le droit commun de la province.

477. *Le droit civil, droit commun du Québec.* Cette affirmation, si elle paraît évidente aujourd'hui, n'allait pas forcément de soi à la fin du 19^e siècle. La Cour suprême du Canada a pendant longtemps distingué le droit commun du droit civil. De fait, elle a souvent interprété le Code, réceptacle du droit civil, comme un droit propre, c'est-à-dire un droit particulier. A ses yeux, le droit commun de la province bas-canadienne était le droit romain²⁶⁴⁵. Si cette vision des choses peut surprendre, elle s'explique par le travail des commissaires qui, pour rédiger les dispositions du Code civil du Bas-Canada, s'étaient beaucoup inspirés du droit romain²⁶⁴⁶. Sur les 2500 articles du Code, 1/3 était tiré du droit romain. C'est en 1989 que le juge Beetz affirme que : « le droit civil est le droit commun du Québec »²⁶⁴⁷. Depuis, cette solution n'a jamais été remise en cause et est même devenue incontestable depuis la réforme du Code civil qui compte, parmi ses articles, une Disposition préliminaire qui assoie définitivement le rôle du droit civil et de son Code.

478. Après ce détour historique, la remarque du professeur Brierley selon laquelle il y aurait, dans la province du Québec, trois niveaux de lecture de la notion de droit

²⁶⁴¹ **ALLARD (F.)**. « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit fédéral », *R. du B. Can.*, 2009, vol. 88, n° 2, p. 291 et s., spéc. p. 297.

²⁶⁴² **BRISSON (J.-M.)**. « Le Code civil, droit commun ? », *art. préc.*, p. 300.

²⁶⁴³ **JUNEAU (M.)**. *La notion de droit commun en droit civil québécois*, *op. cit.*, p. 59.

²⁶⁴⁴ *Ibid* ; **BRIERLEY (J.E.C.)**. « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence : PUAM, 1989, p. 114, n° 18.

²⁶⁴⁵ V. not. les décisions du juge Girouard : *Murphy c. Labbé* (1897), 27 R.C.S. 126 ; *Delorme c. Cusson* (1897), 28 R.C.S. 66 ; *Thompson c. Simard* (1908), 41 R.C.S. 217.

²⁶⁴⁶ Pour prendre la mesure de l'influence importante du droit romain, v. spéc. **NORMAND (S.), FYSON (D.)**. « Le droit romain comme source du Code civil du Bas-Canada », *R. du N.*, mars 2001, vol. 103, n° 1, p. 87.

²⁶⁴⁷ *Laurentide Motels Ltd c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 720.

commun²⁶⁴⁸, s'explique. Le droit québécois, et plus particulièrement son droit civil, ont longtemps été habitués à se construire autour de deux droits communs. Même si le Bas-Canada a fait le choix de ne retenir qu'un seul droit commun, la dualité des droits n'a pour autant pas disparu. Le droit québécois continue encore aujourd'hui de naviguer parmi et avec différentes sources du droit. Dans un pays comme le Canada, et une province comme le Québec, avec cette histoire particulière qu'est la sienne, le droit commun ne peut que revêtir plusieurs formes. Cela fait du droit civil québécois un droit particulièrement ouvert et réceptif à des règles de droit d'origines multiples²⁶⁴⁹. C'est pourquoi il est très rare de lire des auteurs québécois mentionner un quelconque conflit de normes entre droit commun et droit spécial, surtout au niveau provincial.

§ 2 : La complémentarité du droit commun et des lois spéciales

479. La Disposition préliminaire du Code civil du Québec est le parfait reflet de la conception que partagent les juristes québécois de leur droit commun. Tout en affirmant sa préséance (A.), la Disposition préliminaire reconnaît que le Code civil ne peut contenir tout le droit commun dont l'incomplétude est parfaitement assumée (B.).

A. L'affirmation de la préséance du droit commun

480. L'évolution de la Disposition préliminaire. L'alinéa 2 de la Disposition préliminaire du Code civil du Québec dispose que : « Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois [...] ». L'affirmation est incontestable : le Code civil du Québec est le siège du droit commun. Plus encore, le droit civil québécois constitue le droit commun de la province. Les codificateurs, en introduisant une telle disposition à valeur normative²⁶⁵⁰ qui vient chapeauter tout le droit civil, ont souhaité entériner des années d'histoire et réaffirmer leur culture juridique à part entière dans un

²⁶⁴⁸ BRIERLEY (J.E.C.). « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », *art. préc.*, p. 105, n° 3 ; BRIERLEY (J.E.C.). « Quebec's "common laws" (*droits communs*) : how many are there ? », in *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Coll. Bleue, Montréal : Wilson & Lafleur, 1989, p. 109.

²⁶⁴⁹ BRIERLEY (J.E.C.). « Quebec's "common laws" (*droits communs*) : how many are there ? », *art. préc.*, p. 118, n° 24.

²⁶⁵⁰ ALLARD (F.). « La disposition préliminaire et les dispositions finales du Code civil du Québec, clés d'accès aux rapports entre le code et les sources externes au Code », in *Les livres du Code civil du Québec*, BUREAU (M.-F.), DEVINAT (M.) (dir.), Sherbrook : Ed. R.D.U.S., 2014, p. 8 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 C.S.C. 85 (CanLII), 2002 4 R.C.S. 663, j. L'Heureux-Dubé et LeBel, § 30.

pays où règne la *common law*. Cette volonté s'affiche dès la genèse du Projet de réforme du Code civil et dès la première version de la Disposition préliminaire.

Au départ, l'article prévoyait que le Code établissait le droit dans son entier²⁶⁵¹. Cette version fut extrêmement critiquée, surtout pour avoir manqué de faire référence à la Charte québécoise des droits fondamentaux qui fait également partie du droit applicable²⁶⁵². Dès lors, la deuxième version proposait un rétrécissement du champ d'intervention du Code qui devenait alors le siège du droit privé²⁶⁵³. Une fois encore, cette formulation fut dépréciée car certaines parties du droit privé sont, comme nous l'avons appris précédemment, régies par la *common law* comme c'est le cas du droit commercial. Certains réclamèrent alors la suppression pure et simple de la disposition²⁶⁵⁴. Les codificateurs, souhaitant clairement souligner l'appartenance du Québec à la tradition civiliste, ne démordirent pas et proposèrent une troisième version qui est celle que nous connaissons aujourd'hui²⁶⁵⁵. La formulation présentée fut adoptée à l'unanimité²⁶⁵⁶. Outre les critiques de nature rédactionnelle, la Disposition préliminaire proposée fut également critiquée pour son inutilité. La communauté juridique ne comprenait pas pourquoi il était nécessaire pour le nouveau Code civil de se voir intégrer une Disposition dont le Code de 1866 s'était tout à fait bien passé. En revanche, le professeur Bisson estime qu' : « il semble au contraire que la disposition préliminaire proposée soit décidément utile. Elle rappelle la nature systémique du Code, écrit-il. Elle refait l'unité du droit privé, droit commun codifié et lois particulières y ajoutant ou dérogeant [...] »²⁶⁵⁷. Il ajoute qu' : « enfin – sans paradoxe, car droit codifié

²⁶⁵¹ « Le Code civil régit, sauf les dispositions particulières de la loi, les personnes qui se trouvent au Québec, l'exercice de leurs droits, leurs rapports entre elles ainsi que leurs biens./ Ce Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent l'esprit, la lettre ou l'objet de ses dispositions, établit le droit et constitue le fondement des autres lois./ En cas de silence ou d'insuffisance, ces règles sont complétées par celles qui se dégagent d'une jurisprudence constante et d'une doctrine reçue ou des principes généraux du droit ainsi que parfois de la coutume et des usages ».

²⁶⁵² **BISSON (A.-F.)**. « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », *R.D. McGill*, 1999, vol. 44, n° 2, p. 548.

²⁶⁵³ « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne, les principes généraux du droit et le droit international privé, les personnes, l'exercice des droits civils, les rapports entre les personnes ainsi que les biens./ Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou par implication, le droit privé. En ces matières, il fonde les autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger ».

²⁶⁵⁴ **BISSON (A.-F.)**. *Ibid.*, p. 549.

²⁶⁵⁵ « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens./ Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger ».

²⁶⁵⁶ **BISSON (A.-F.)**. *Ibid.*, p. 551-552.

²⁶⁵⁷ **BISSON (A.-F.)**. « Effet de codification et interprétation », *R.G.D.*, 1986, vol. 17, n°s 1-2, p. 369.

ne signifie pas droit entièrement codifié –, elle légitime, sans arrière-pensée ni conséquence hostiles, le rôle, parfois moteur, de la législation spéciale. En somme, elle exprime l'effet de codification »²⁶⁵⁸, qui a pour objectif d'unir et de réunir les sources de droit²⁶⁵⁹.

481. Le droit commun implicite. L'alinéa 2 de la Disposition préliminaire est riche d'enseignements sur ce qu'il faut entendre par « droit commun » et met en lumière ce qu'il représente vraiment. Tout d'abord, il souligne que le droit commun n'est pas forcément contenu dans les dispositions écrites du Code mais qu'il se trouve également dans des normes implicites. Le professeur Glenn se demande alors : qu'est-ce que le terme « implicite » signifie ?²⁶⁶⁰ A quoi renvoie-t-il exactement ? Il entreprend donc de proposer des pistes de compréhension de ce terme. En employant ce mot, la Disposition préliminaire semble, tout d'abord, renvoyer aux principes généraux du droit²⁶⁶¹ avec lesquels le Code s'articule comme le précise l'alinéa 1^{er} de la Disposition. En effet, il dispose que : « Le *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64) régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que leurs biens ». Cet alinéa semble consacrer ce que le juge Beetz avait avancé dans une décision rendue quelques années avant la naissance du Code civil du Québec : « Le Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité »²⁶⁶². Outre ces principes, il existe, ensuite, les maximes générales partagées par les juristes de tradition civiliste et qui constituent dès lors « une sorte d'éducation juridique universelle »²⁶⁶³. Ainsi, le juriste québécois n'aura pas à hésiter à se tourner vers les autres droits de tradition civiliste pour puiser des solutions dans ce fonds commun. Le professeur Glenn inclut, enfin, dans la liste les législations spéciales ou encore, des sources de droits qui ne sont pas forcément d'origine législative. Il cite en exemple les droits talmudiques ou hébraïques²⁶⁶⁴. Or, l'on frôle ici une autre caractéristique du droit commun qu'est celle de

²⁶⁵⁸ **BISSON (A.-F.)**. « Effet de codification et interprétation », *art. préc.*, p. 369.

²⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 360.

²⁶⁶⁰ **GLENN (H.P.)**. « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », *C. de D.*, mars-juin 2005, vol. 46, n^{os} 1-2, p. 348.

²⁶⁶¹ *Ibid.* ; **BRIERLEY (J.E.C.)**. « Quebec's common laws (*droit communs*) : how many are there ? », *art. préc.*, p. 115.

²⁶⁶² *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, 1976 CanLII 4 (C.S.C.), [1977] 2 R.C.S. 67, j. Beetz, p. 76.

²⁶⁶³ **BRIERLEY (J.E.C.)**. « Quebec's common laws (*droit communs*) : how many are there ? », *art. préc.*, p. 116.

²⁶⁶⁴ **GLENN (H.P.)**. « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », *art. préc.*, p. 351.

son rôle dit « supplétif ». Nous traiterons de cette question plus bas car avant d'être un droit supplétif, le droit commun est avant tout un droit structurant et fondamental²⁶⁶⁵.

482. Un droit commun structurant et fondamental. Si les rôles structurant et fondamental du droit commun vont de pair, ils ne sont pas pour autant synonymes. « Le premier décrit l'importance du droit commun dans la structure de l'ensemble du droit et de la pensée juridique, mais aussi pour la société en générale. Le rôle fondamental décrit d'une part l'importance de ce rôle structurant et il décrit d'autre part le rôle du droit commun comme fondement du reste du droit, c'est-à-dire comme la base sur laquelle le reste du droit repose, s'appuie »²⁶⁶⁶. En ce sens, le droit commun « imprègne l'ensemble de la législation »²⁶⁶⁷. Il est le pivot du système juridique québécois, voire même fédéral. Nous l'avons vu, le droit commun québécois est un droit de référence pour le droit fédéral, notamment dans les matières de droit privé. Le gouvernement fédéral doit veiller à ce que ses dispositions soient adoptées en harmonie avec celles du Code civil du Québec²⁶⁶⁸. Partant, le droit commun joue un rôle fondamental dans le système juridique québécois comme cela est sans cesse rappeler par la jurisprudence²⁶⁶⁹. Cela signifie plus précisément que « le droit commun établit, avec les principes sur lesquels il repose, la structure du droit mais aussi la structure de la pensée du droit et en droit »²⁶⁷⁰. En effet, le droit commun, toujours entendu comme le droit civil contenu dans le Code, est une façon de penser, de raisonner et de réfléchir en droit²⁶⁷¹. Plus qu'un ensemble de règles, le droit commun est constitué de méthodes et de procédures qui font à la fois sa spécificité et son autorité. De fait, le droit commun a véritablement préséance. C'est en fonction du droit commun qu'il faut interpréter les autres lois²⁶⁷².

Le droit commun tient également un rôle conceptuel. Ce rôle découle de la fonction fondamentale qui est la sienne car il est aussi un réservoir de concepts, de définitions, et de

²⁶⁶⁵ JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois, op. cit.*, p. 139.

²⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 140.

²⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 137.

²⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 154 ; *Hinse c. Canada (Procureur Général)*, 2015 C.S.C 35 (CanLII), [2015] 2 R.C.S. 621, § 21.

²⁶⁶⁹ *Doré c. Verdun (Ville)*, 1997 CanLII 315 (C.S.C.), [1997] 2 R.C.S. 862, j. Gonthier, § 15-16 ; *Isidore Garon ltée c. Tremblay ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, 2006 C.S.C. 2 (CanLII), [2006] 1 R.C.S. 27, j. LeBel (dissident), § 158-159 ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur Général)*, 2010 C.S.C. 41 (CanLII), [2010] 2 R.C.S. 592, j. LeBel, § 29.

²⁶⁷⁰ JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois, op. cit.*, p. 139.

²⁶⁷¹ POPOVICI (A.). « Le droit civil, avant tout un style... », in *Le droit civil, avant tout un style ?*, KASIRER (N.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2003, p. 207.

²⁶⁷² JUNEAU (M.). *Ibid.*, p. 177.

notions, floues ou pas, auxquels le reste du droit fait sans cesse référence et face auxquels il doit sans arrêt se plier²⁶⁷³. Cela ne vaut pas seulement pour les règles de droit civil mais aussi pour les règles de *common law*. Ces dernières doivent parfois être « remodelées » pour remédier aux contradictions qui existent entre les deux systèmes et ainsi, s'inscrire pleinement dans le « cadre d'analyse général » qu'est le droit civil²⁶⁷⁴. Ce dernier est donc l'épicentre du système législatif à partir duquel tout part et vers lequel tout revient. Il est incontestablement la « loi fondamentale générale du Québec »²⁶⁷⁵. Aux yeux de M. Juneau, le droit civil remplirait même un « rôle quasi-constitutionnel »²⁶⁷⁶.

483. Malgré tout, le droit commun ne peut résoudre toutes les difficultés. S'il est général, il n'est pas pour autant complet. Et cela, la Disposition préliminaire l'a parfaitement pris en compte et intégré.

B. La reconnaissance d'un droit commun à l'incomplétude assumée

484. L'effort d'harmonisation du droit civil québécois. Lorsque nous avons cité l'alinéa 2 de la Disposition préliminaire quelques lignes plus haut, nous avons fait le choix de ne pas le citer entièrement. Nous avons ainsi réservé la fin de l'alinéa pour le propos que nous allons maintenant développer. En effet, après avoir rappelé que le Code civil du Québec établit le droit commun et qu'il constitue le fondement des autres lois, la fin de l'alinéa 2 de la Disposition préliminaire précise que lesdites lois « peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger ». A travers cette précision, la Disposition préliminaire reconnaît expressément l'incomplétude du Code civil comme siège du droit commun²⁶⁷⁷. Elle a un véritable effet d'ordonnancement qui veille à maintenir une certaine cohésion non seulement au sein du Code civil mais également à l'extérieur de ce dernier²⁶⁷⁸. Car c'est bien de cohésion dont il s'agit. En effet, le droit québécois est plus sensible à l'harmonie qu'au conflit entre normes. En reconnaissant que le Code civil ne peut contenir tout le droit civil

²⁶⁷³ JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois*, op. cit., p. 160.

²⁶⁷⁴ Prud'homme c. Prud'homme, 2002 C.S.C. 85 (CanLII), 2002 4 R.C.S. 663, j. L'Heureux-Dubé et LeBel, § 54.

²⁶⁷⁵ Gilles E. Néron *Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 C.S.C. 53 (CanLII), 2004 3 R.C.S. 95, j. LeBel, § 56.

²⁶⁷⁶ JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois*, op. cit., p. 137.

²⁶⁷⁷ ALLARD (F.). « La disposition préliminaire et les dispositions finales du Code civil du Québec, clés d'accès aux rapports entre le code et les sources externes au Code », art. préc., p. 8.

²⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 9 ; BISSON (A.-F.). « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », art. préc., p. 558.

qui peut se trouver ailleurs, le droit québécois articule en harmonie les règles du droit commun avec celles des lois spéciales, sans que les unes ne prennent le pas sur les autres.

C'est un fait, le Code civil a été fragilisé par la multiplication des lois spéciales. Même si les juristes québécois étaient tout à fait conscients de ses limites et ne lui portaient pas l'admiration qu'on lui voue en France, il n'en reste pas moins qu'ils attribuaient à leur Code civil une valeur symbolique importante²⁶⁷⁹. Dès lors, il était essentiel, pour eux, d'assurer sa pérennité si bien que le Code a été mis à l'abri des interventions ponctuelles du législateur québécois. Néanmoins, l'adoption de multiples lois spéciales a eu tout de même pour effet de mettre le Code en échec²⁶⁸⁰. Sauf qu'au lieu d'y voir la fin du Code civil ou le grignotement du droit commun, les juristes québécois ont saisi l'opportunité de moderniser leur Code et de lancer son projet de réforme. Ils ont compris que ces lois particulières n'avaient pas lieu d'alimenter une quelconque concurrence car répondaient à des besoins spécifiques et s'articulaient autour d'une philosophie particulière qui confèrait à ces lois spéciales une cohérence qui leur était propre.

485. La recherche de la complémentarité au sein du droit civil québécois. Au lieu de voir un conflit entre le droit commun et les règles spéciales, la doctrine québécoise y perçoit surtout une complémentarité. C'est le cas, par exemple, d'un droit très spécial qu'est le droit du travail. En effet, la doctrine spécialisée en droit du travail est loin de considérer le Code civil comme une menace mais l'apprécie réellement comme un outil de référence destiné à combler les lacunes du droit du travail²⁶⁸¹. C'est ainsi que la Cour d'appel du Québec a affirmé, dans une affaire relevant de cette matière, que le Code civil exprime le droit commun et constitue le fondement des autres lois²⁶⁸². L'affirmation est d'autant plus probante en ce qui concerne le droit de la consommation. La Loi sur la protection du consommateur est sans aucun doute dérogatoire au Code civil en raison d'une philosophie propre et originale²⁶⁸³. Son existence indépendante témoigne de la volonté du législateur de la tenir écartée du droit commun des contrats en ce que certains de ses outils contredisent

²⁶⁷⁹ BRISSON (J.-M.). « Le Code civil, droit commun ? », *art. préc.*, p. 302. V. *supra* n° 261.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 304.

²⁶⁸¹ BRISSON (A.-F.). « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 558.

²⁶⁸² *Global Credit & Collection Inc. c. Rolland*, 2011 QC C.A. 2278 (CanLII), § 24.

²⁶⁸³ V. *supra* n° 146.

les principes du droit commun²⁶⁸⁴. Tel est le cas de la faculté de dédit offerte au consommateur qui porte directement atteinte au principe de la force obligatoire du contrat²⁶⁸⁵. Qui plus est, la L.P.C. s'est justement construite autour d'une entité spécifique, le consommateur, pour lequel elle cherche à établir un régime de protection le plus efficace possible. Le droit de la consommation se veut donc avant tout préventif en même temps qu'il est curatif. En plus des sanctions civiles qu'il partage avec le droit civil, le droit de la consommation prévoit également des sanctions pénales dans le cas où le commerçant violerait les dispositions chargées de protéger l'intérêt du consommateur²⁶⁸⁶. Aussi, la conception socioéconomique du contrat de consommation qui la caractérise est unique au droit de la consommation. Même s'il est évident que la réforme du droit des contrats se soit inspirée du droit de la consommation en intégrant dans le Code civil du Québec l'objectif de protection du contractant, reste que le nouveau droit des contrats québécois n'intègre pas totalement, et ne le peut, la philosophie particulière du droit de la consommation²⁶⁸⁷. L'on ne saurait raisonnablement imaginer que le droit commun des contrats puisse recueillir toutes les situations contractuelles particulières et anticiper leurs conséquences²⁶⁸⁸.

C'est donc naturellement que l'intégration, dans le Code civil du Québec, d'une définition du contrat de consommation a soulevé de nombreuses interrogations et suscité bien des critiques. En effet, l'article 1384 dispose que : « Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite ». Cette définition, qui repose sur la notion d'« entreprise » et non de « commerçant »²⁶⁸⁹, ne suit pas le régime de la Loi sur la protection du consommateur mais est soumise au régime des articles 1432,

²⁶⁸⁴ **MOORE (B.)**. « Autonomie et dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », *art. préc.*, p. 6.

²⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 7.

²⁶⁸⁶ **MASSE (C.)**. « L'information et l'exploitation des consommateurs », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, n° 1, p. 130.

²⁶⁸⁷ **MOORE (B.)**. « Autonomie et dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », *art. préc.*, p. 23.

²⁶⁸⁸ **BAUDOIN (J.-L.)**. « Conférence de clôture », in *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne, op. cit.*, p. 221-222.

²⁶⁸⁹ Art. 2 L.P.C. : « La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service ».

1435, 1436 et 1437 du Code civil du Québec²⁶⁹⁰. En somme, elle est encadrée par le même régime qu'un contrat qui se verrait être qualifié d'adhésion. Or, le contrat de consommation est, dans la grande majorité des cas, un contrat d'adhésion²⁶⁹¹. Cette réalité a conduit certains auteurs à s'interroger sur l'utilité de la définition et à défendre l'idée qu'il était peut-être temps d'élaborer un Code québécois de la consommation destiné à pleinement légitimer l'existence de ce droit spécial et à reconnaître sa spécificité par rapport au droit commun des contrats²⁶⁹². Cela étant, cette spécificité qui est la sienne ne fait pas de cette branche du droit des contrats québécois un droit autonome²⁶⁹³. Le professeur Lafond estime qu'il n'est plus tout à fait juste de parler de régime dérogatoire²⁶⁹⁴. Selon lui, « les mesures de protection du consommateur n'entrent pas véritablement en conflit avec le droit classique des obligations »²⁶⁹⁵. Au contraire, le droit de la consommation québécois serait étroitement lié au droit commun des contrats. En effet, en tentant de rééquilibrer la relation contractuelle consumériste, les dispositions du droit de la consommation renforceraient le principe de l'autonomie de la volonté et l'exigence que celle-ci soit libre et éclairée²⁶⁹⁶. De plus, le droit de la consommation s'est construit sur le principe général d'équité qui est un principe de droit commun²⁶⁹⁷. Dès lors, il est permis de penser, comme le professeur Masse, que ces deux corps de règles ne « peuvent être lus séparément »²⁶⁹⁸ car « il ne fait pas de doute qu'un code civil et une législation fondamentale en matière de protection des

²⁶⁹⁰ **MASSE (C.)**. « Les liens entre la Loi sur la protection du consommateur et le Code civil du Québec », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une codification réussie*, *op. cit.*, p. 392.

²⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 393 ; **MOORE (B.)**. « Sur l'invenir incertain du contrat de consommation », *C. de D.*, mars 2008, vol. 29, n° 1, p. 17 et s.

²⁶⁹² **LAFOND (P.-C.)**. « Plaidoyer pour un Code de la consommation du Québec », in *Mélanges Jean Pineau*, *op. cit.*, p. 87 ; **LAFOND (P.-C.)**. « Pour un Code québécois de la consommation », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 573 ; **MOORE (B.)**. « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », *art. préc.*, p. 24.

Ce Code aurait surtout pour objectif de clarifier et de simplifier le droit de la consommation dont les règles sont dispersées. À l'image d'un code, le Code de la consommation québécois serait construit sur des principes généraux et des règles unifiées. Selon le professeur Lafond, une telle codification permettrait d'assurer une cohérence perdue et une articulation harmonieuse entre le Code civil et le droit spécial de la consommation qu'un « abîme philosophique » sépare.

²⁶⁹³ **MOORE (B.)**. « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », *art. préc.*, p. 16 et p. 24.

Contra **NORMAND (S.)**. « Le Code et la protection du consommateur », *art. préc.*, p. 1080-1081.

²⁶⁹⁴ **LAFOND (P.-C.)**. « Contours et ramifications de la "nouvelle" définition du contrat de consommation du Code civil du Québec », *R. du B.*, nov.-déc. 1996, t. 56, n° 4, p. 610.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*

²⁶⁹⁶ **MOORE (B.)**. « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », *art. préc.*, p. 20.

²⁶⁹⁷ **JUNEAU (M.)**. *La notion de droit commun en droit civil québécois*, *op. cit.*, p. 184.

²⁶⁹⁸ **MASSE (C.)**. « L'information et l'exploitation des consommateurs », *art. préc.*, p. 122.

consommateurs sont des instruments interdépendants et complémentaires »²⁶⁹⁹. Tandis que la Loi sur la protection du consommateur ne possède qu'un caractère supplétif lui permettant d'intervenir dans des situations particulières mettant en jeu certains justiciables, le Code civil demeure « la pierre d'assise du droit contractuel »²⁷⁰⁰. Dès lors, s'il venait à y avoir des principes identiques aux deux législations, le professeur Masse croit qu'il faut, en toutes circonstances, faire primer le Code civil sur la législation consumériste et rapatrier en son sein les principes du droit de la consommation. Comme l'a affirmé le professeur Glenn : « Le Code en soi n'est donc pas un obstacle à la décodification [...] »²⁷⁰¹. Les juristes québécois, au lieu de la craindre, ont embrassé l'incomplétude du droit commun et ont cherché à moderniser au mieux le droit civil.

486. Un droit commun supplétif²⁷⁰². Il était tout d'abord important de reconnaître l'armature conceptuelle qu'est le Code civil, et primordial d'asseoir le rôle fondamental du droit commun. Il est désormais nécessaire de reconnaître le rôle supplétif du droit commun. Selon M. Juneau, un droit supplétif est un « droit auquel on peut déroger, un droit qui s'applique en l'absence de règles disant le contraire »²⁷⁰³. Le droit commun est bel et bien supplétif puisqu'il est permis d'y déroger par des instruments juridiques prévoyant des règles différentes et parce qu'il comble les lacunes des lois particulières qui ne forment pas

²⁶⁹⁹ **MASSE (C.)**. « Les liens entre la Loi sur la protection du consommateur et le Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 396 ; **LAFOND (P.-C.)**. « Contours et ramifications de la “nouvelle” définition du contrat de consommation du Code civil du Québec », *art. préc.*, p. 610 : « droit commun et droit de la consommation se complètent bien plus qu'ils ne s'affrontent » ; V. égal. **BRISSON (J.-M.)**. « Le Code civil, droit commun ? », *art. préc.*, p. 306.

Il faut noter que l'article ici cité du professeur Lafond a été rédigé en 1996, soit quelques années après l'adoption du nouveau Code civil du Québec. Lors des célébrations du quinzième anniversaire de ce dernier, le professeur Lafond adopte une position plus critique de l'articulation entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation. Plus qu'une complémentarité et une union harmonieuse, l'auteur y voit plutôt une colocation difficile où l'esprit et les principes du droit de la consommation sont marginalisés par les dispositions du droit commun des contrats, et où l'application des dispositions du droit commun se fait au détriment des articles de la L.P.C. Cela démontrerait de manière flagrante tout l'intérêt que le Québec aurait à se doter d'un Code de la consommation. Quelques années après la rédaction de l'article précité, le professeur Lafond a fait savoir son souhait de voir être élaboré un Code québécois de la consommation : **LAFOND (P.-C.)**. « Le Code civil du Québec et la Loi sur la protection du consommateur : un mariage de solitudes », *R. du B. Can.*, 2009, vol. 88, n° 2, p. 407).

²⁷⁰⁰ **MASSE (C.)**. *Ibid.*

²⁷⁰¹ **GLENN (H.P.)**. « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », *art. préc.*, p. 349.

²⁷⁰² Les auteurs québécois ont l'habitude d'employer l'adjectif « supplétif » pour parler du droit commun, ce qui n'est pas non plus chose rare en France. Ceci dit, il est plus courant de parler de la vocation « subsidiaire » du droit commun comme nous le verrons plus bas. L'adjectif « subsidiaire » semble plus adapter pour qualifier le droit commun en ce sens que l'adjectif « supplétif » renvoie plutôt à une loi applicable dans le silence des parties à un contrat par exemple. Certes, il a également pour signification de « combler une lacune » mais son champ d'application semble plus restreint que l'adjectif « subsidiaire » (V. spéc. **BALAT (N.)**. *Essai sur le droit commun*, préf. GRIMALDI (M.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p. 55-56, n° 86). Pour autant, nous choisissons de conserver l'adjectif « supplétif » pour le droit commun québécois, le comprenant dans le même sens que « subsidiaire ».

²⁷⁰³ **JUNEAU (M.)**. *La notion de droit commun en droit civil québécois*, *op. cit.*, p. 206.

des ensembles normatifs complets²⁷⁰⁴. Reconnaître le rôle supplétif du droit commun, c'est tout simplement se mettre en accord avec la définition de la notion proposée par Rivard en 1925 et qui est encore une référence aujourd'hui. Selon lui, le droit commun peut être défini comme un « ensemble de certaines règles du droit national, dont on peut dire qu'elles sont communément suivies dans un Etat, parce qu'il n'y est dérogé que par exception et que les empiètements du droit particulier ne vont pas jusqu'à les dépouiller de leur caractère de lois générales »²⁷⁰⁵. Il ajoute qu'une règle de droit commun est une « règle juridique applicable dans tous les cas dont la situation n'est pas autrement déterminée par quelque loi particulière »²⁷⁰⁶. Ainsi, l'on comprend que la caractéristique du droit commun est d'être un droit supplétif qui n'intervient qu'en cas de lacunes des lois particulières²⁷⁰⁷. Sa mission principale n'est pas de tout prévoir mais bien de suppléer en cas de vides juridiques pour ainsi les prévenir²⁷⁰⁸. Le droit commun entre en action dès l'instant où aucune autre règle n'est prévue pour remédier à la situation. Telle est sa fonction première, son « attribut principal »²⁷⁰⁹. Prendre conscience et respecter cette fonction permet aux juristes québécois d'apprécier le droit commun à sa juste valeur et de naviguer plus sereinement entre les règles du droit commun et celles du droit spécial.

* * *

Conclusion de la section 2 :

487. La capacité des juristes québécois à appréhender paisiblement les relations entre droit commun et droit spécial s'explique avant tout par le système juridique dans lequel ils évoluent. Le droit québécois est un droit mixte, caractérisé par une dualité de droits communs entre lesquels les juristes québécois doivent jongler. Cette gymnastique normative à laquelle ils sont familiers s'explique par l'héritage qu'ils ont reçu de leur Histoire, celle du Québec, de sa création jusqu'à aujourd'hui. D'abord Nouvelle-France, la province a d'abord été régie par les diverses coutumes bretonnes et normandes pour ensuite

²⁷⁰⁴ JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois*, op. cit., p. 206.

²⁷⁰⁵ RIVARD (A.). « La notion du "droit commun" », *R. du D.*, fév. 1925, vol. 3, n° 6, p. 261.

²⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 262.

²⁷⁰⁷ *Morin c. Simard*, 2010 QC C.A. 2302 (CanLII), j. Brossard, § 33 ; *Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances c. Gignac*, 2010 QC C.A. 2365 (CanLII), j. Bouchard, § 47-50.

²⁷⁰⁸ *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.*, 2006 C.S.C. 50 (CanLII), [2006] 2 R.C.S. 591, j. Deschamps, § 29.

²⁷⁰⁹ *Ibid.*, § 10.

être soumise à la Coutume de Paris qui devint rapidement le droit civil de cette région du Canada. Une fois cédée à la Couronne britannique, la Nouvelle-France vit son droit être scindé en deux : les « property and civil rights » furent encadrés par ce qui allait devenir le droit civil canadien tandis que le droit public, le droit pénal et les affaires commerciales restèrent dans le giron de la *common law*. C'est encore cette même scission qui caractérise, aujourd'hui, le système juridique québécois qualifié de « bijuridique ». Qui plus est, le droit commun des juristes québécois est un droit aux multiples facettes qui ont toute vocation à s'appliquer. Entre droit commun historique, implicite, ou encore fédéral, les juristes québécois sont des habitués de l'articulation des normes. Certes, l'histoire de France n'a pas connu des développements identiques. Mais peut-être que cet état d'esprit québécois pourrait nous inviter à appréhender différemment nos « conflits de normes ».

*

*

*

Conclusion du Chapitre 1 :

488. La question de la place et de l'importance du droit commun des contrats alimente les débats doctrinaux depuis maintenant de nombreuses années. Si elle est légitime, la problématique est néanmoins absorbée par la théorie de l'autonomie des droits spéciaux qui tend, directement ou non, à la dénaturer et à l'obscurcir. Bien entendu, nous ne pouvons remettre en cause l'utilité et l'opportunité des droits spéciaux de la consommation et des pratiques restrictives de concurrence. Nous croyons qu'ils répondent de façon précise et adaptée à des besoins spécifiques. Telle est leur raison d'être. Le droit commun des contrats n'a pas, et n'a jamais eu, pour finalité de descendre dans le détail des inventions de la pratique contractuelle et de régler avec une précision d'horloger lesdites créations. Cependant, les droits de la consommation et de la concurrence ne sont pas nés à partir de rien mais prennent racine dans le droit commun des contrats. De la formation du contrat jusqu'à son extinction, en passant par les principes directeurs, les droits spéciaux prennent pour point de départ le droit commun pour ensuite le modeler et l'adapter aux besoins du contrat qu'ils encadrent. Plutôt qu'une opposition ou une discorde entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux, nous y voyons plutôt un dialogue. Partant, nous pouvons penser que les termes de la réflexion sur ce que nous appelons les « conflits de normes » ne sont, en réalité, pas correctement posés. Il ne faut pas étudier la question sous l'angle de la théorie de l'autonomie des droits spéciaux, dont les postulats sont fortement discutables, mais plutôt à travers le rôle exact qu'a à jouer le droit commun. Il est de son essence de ne pas pourvoir à toutes les situations contractuelles. Telle est sa vocation subsidiaire, c'est-à-dire que le droit commun ne va intervenir qu'en cas de silence des droits spéciaux ou pour prévenir les vides juridiques. Par-là, le droit commun est caractérisé par l'« indéfinité », c'est-à-dire qu'il a pour fonction d'être appliqué et applicable à toutes les situations possibles. Il nous paraît plus que jamais important de reconnaître et d'accepter la généralité absolue du droit commun et sa vocation subsidiaire comme cela est le cas au Québec.

489. La Disposition préliminaire du Code civil du Québec affirme d'emblée la préséance du droit commun tout en assumant son incomplétude. Rares, voire inexistantes, sont les juristes québécois qui raisonnent en termes de conflits de normes. À leurs yeux, les deux

systèmes normatifs, le droit commun et les lois spéciales, fonctionnent de façon complémentaire. En ce sens, la fonction supplétive du droit commun des contrats n'entache nullement sa vocation structurante. Cette vision consensuelle des choses s'explique en grande partie par l'histoire du Québec, de la constitution de la Province à la construction de son droit. Depuis l'arrivée des premiers colons jusqu'à l'instauration du fédéralisme canadien tel que nous le connaissons aujourd'hui, les juristes civilistes québécois ont dû apprendre à manipuler et à jongler entre diverses coutumes, différentes traditions juridiques et de multiples systèmes normatifs. Afin de garantir la vie, puis la survie, du droit civil québécois, ces juristes ont été amenés à adopter une approche consensuelle de l'articulation des normes. Bien que l'histoire de la France et de son droit soit différente de celle du Québec, nous pouvons penser que l'expérience québécoise apporte un éclairage nouveau et bienvenu sur le rapport entre le droit commun et les droits spéciaux, et conforte une lecture déjà partagée par certains auteurs français. Comme eux, nous souhaitons appréhender de façon consensuelle et optimale l'articulation des normes du droit des contrats. Qui plus est, cette approche nous semble parfaitement justifier l'instauration du régime de droit commun du contrat d'adhésion, et par extension, de la notion même. En effet, adopter une approche complémentaire de l'articulation des normes permet de saisir tout l'intérêt et toute la portée du régime de droit commun du contrat d'adhésion.

*

*

*

Chapitre 2 : De l'opportunité d'un régime de droit commun du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois

490. Comme nous l'avons vu au début de cette étude, les droits spéciaux de la consommation et des pratiques restrictives de concurrence, avant même la réforme du droit des obligations, comptaient déjà parmi leurs dispositions des outils destinés à lutter contre le déséquilibre significatif qui pouvait affecter un contrat d'adhésion. Bien que la qualification de contrat d'adhésion fût implicite, les anciens articles L. 132-1 (aujourd'hui L. 212-1, relatif aux clauses abusives), L. 133-2 (aujourd'hui L. 211-1, relatif à l'interprétation *contra proferentem*) du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° (aujourd'hui L. 442-1, I, 2°, relatif au déséquilibre significatif) du Code de commerce étaient bien souvent appliqués parce qu'un tel contrat avait été conclu entre les parties. Leur introduction fut particulièrement saluée, et leur utilité, reconnue comme indéniable. Les droits spéciaux avaient alors pris le pas sur le droit commun des contrats dans la protection des contractants les plus vulnérables au déséquilibre contractuel. Même si les anciens articles 1131 et 1162 du Code civil, relatifs à la cause et à l'interprétation *contra proferentem*, avaient été mobilisés dans la lutte contre le déséquilibre contractuel, ils ne bénéficiaient pas de la même aura que les dispositions des droits spéciaux. Ils demeuraient des outils d'un droit commun pensé pour et construit autour des contrats de gré à gré, que la Cour de cassation avait simplement détournés. Pendant de nombreuses années, les praticiens et auteurs ont été habitués à appliquer les articles du Code de la consommation et du Code de commerce. Lorsque la réforme du droit commun des contrats proposait l'intégration, au sein du Code civil, d'un régime spécifique au contrat d'adhésion, composé d'outils similaires à ce que proposaient déjà les deux droits spéciaux en question, la réaction des auteurs fut plus que mitigée. D'une part, l'intégration de ce régime exacerbait la question, que nous avons préalablement étudiée, de l'articulation du droit commun des contrats et des droits spéciaux. D'autre part, et c'est ce sur quoi nous allons insister dans ce chapitre, il pose la question de l'intérêt du régime puisque les dispositions du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence couvrent déjà la lutte contre le déséquilibre contractuel. Était-il vraiment nécessaire de créer un régime de droit commun du contrat d'adhésion dont les dispositions sont clairement inspirées des droits spéciaux ? Les contractants lésés vont-ils

se tourner vers les dispositions du Code civil ? N'y-a-t-il pas, finalement, risque de doublons, voire de conflits ?

491. Aux deux premières questions, nous souhaiterions répondre par l'affirmative. Il était nécessaire, et même justifié, d'insérer un régime de droit commun du contrat d'adhésion au sein du Code civil. Que serait devenue la notion si elle n'était pas accompagnée de son régime ? Forte de son poids symbolique et sémantique, elle aurait cependant souffert d'un intérêt technique limité. Or, le contrat d'adhésion, en plus d'être une notion doctrinale, est aussi un outil de technique contractuelle, un mode de formation du contrat qui nécessite d'être encadré par un régime spécifique. Qui plus est, l'intégration de ce régime au sein du Code civil permet au droit commun de pallier les lacunes des droits de la consommation et des pratiques restrictives de concurrence qui n'offrent pas forcément une protection optimale pour tous les adhérents. Il y a donc de fortes chances pour que certains contractants veulent bénéficier du régime de droit commun. Partant, l'extension des outils de lutte contre le déséquilibre contractuel permet un élargissement bienvenu de la protection de l'adhérent. En outre, cette extension de la protection du contractant vulnérable n'a pas uniquement une utilité technique. Elle permet également d'asseoir la nouvelle philosophie qui anime désormais le droit des contrats²⁷¹⁰. Elle renforce le principe de justice contractuelle qui voit son rayon d'action être décloisonné en « consolid[ant] l'objectif de protection du contractant »²⁷¹¹.

Quant à la troisième question, nous aimerions y répondre par la négative. Tout d'abord, si doublons il y a, il est tout à fait envisageable de cumuler les dispositions du droit commun et des droits spéciaux. Ensuite, il est important de noter que les règles composant le régime de droit commun du contrat d'adhésion ne sont pas antinomiques des règles issues des droits spéciaux de la concurrence et de la consommation, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de conflit de normes à proprement parlé²⁷¹². En effet, un « conflit de normes de même

²⁷¹⁰ **WALTER (J.-B.)**. « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *art. préc.*, p. 347.

²⁷¹¹ *Ibid.*, p. 351.

²⁷¹² Pour ce qui est du déséquilibre significatif, Madame Chaudouet relève, toutefois, quelques cas d'incompatibilité entre la règle de droit commun et les règles du droit de la consommation (**CHAUDOUET (S.)**. *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, p. 652, n° 871) et du droit des pratiques restrictives de concurrence. Concernant l'articulation entre la règle de droit commun et celle du droit de la consommation, la seconde permet d'apprécier une clause portant sur l'objet principal du contrat ou le prix lorsque celle-ci est obscure et ambiguë tandis que la première ne le peut pas. Aussi, alors que le consommateur bénéficie d'une présomption grâce aux listes de clauses noires et grises, le contractant de droit commun devra, quant à lui, constituer la preuve de l'existence du déséquilibre significatif sur le terrain du droit

niveau apparaît lorsqu'une même situation est susceptible d'entrer dans le champ d'application de deux ou plusieurs normes de même valeur dont la mise en œuvre respective aboutirait à des solutions totalement ou partiellement contraires »²⁷¹³. Or, nous allons précisément voir que ces différentes dispositions aboutissent au même résultat car convergent toutes vers la lutte contre le déséquilibre contractuel²⁷¹⁴. Le droit commun des obligations comme les droits spéciaux partagent un dénominateur commun qu'est l'impératif de protection du contractant vulnérable²⁷¹⁵. En conséquence, il n'y a aucune « relation d'opposition »²⁷¹⁶ entre les diverses règles encadrant le contrat d'adhésion.

492. Les règles d'interprétation *contra proferentem* (**Section 1**), d'une part, et celles ayant trait au déséquilibre significatif (**Section 2**), d'autre part, conduisent à une protection accrue du contractant vulnérable. En fait, la question qui se pose est plutôt celle de la délimitation du champ d'application des règles qui doit être précisément démarqué.

Section 1 : Le cas de l'interprétation *contra proferentem*

493. Que l'on soit dans le cadre du droit français (§ 1) ou du droit québécois (§ 2), les articles 1190 du Code civil français et 1432 du Code civil du Québec présentent une articulation simple avec les dispositions voisines des droits spéciaux et offrent un champ d'application plus large de l'interprétation contre le rédacteur du contrat.

§ 1 : En droit français

494. *L'article 1190, doublon de l'article L. 211-1 ?* En droit français, l'articulation des articles 1190 du Code civil et L. 211-1, alinéa 2 du Code de la consommation n'a pas

commun. Cette preuve n'est pas facile à apporter en raison de la difficulté même de cerner le déséquilibre significatif mais également de démontrer l'existence avérée d'un contrat d'adhésion. Quant au droit de la concurrence (*Ibid.*, p. 655, n° 879), l'auteure relève que la règle de droit commun, contrairement à son homologue du droit de la concurrence, interdit d'apprécier le déséquilibre sur la chose et le prix et prévoit la sanction du réputé non écrit tandis que le droit des pratiques restrictives de concurrence permet de demander la nullité de la clause. L'auteure conclut que, somme toute, ces incompatibilités sont rares et existent à la marge. Partant, elles ne permettent pas de conclure à l'antinomie des trois règles traitant du déséquilibre significatif (*Ibid.*, p. 667, n° 892).

²⁷¹³ **CHASSAGNARD-PINET (S.)**. « L'appréhension des conflits de normes de même niveau par la légistique. Vers une prévention et un traitement méthodique des antinomies du droit », in *Les conflits horizontaux de normes : le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, PERALDI-LENEUF (F.), SCHILLER (S.) (dir.), Paris : Mare & Martin, 2014, p. 39, n° 3.

²⁷¹⁴ **MAZEAUD (D.)**. « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *art. préc.*, p. 95, n° 28.

²⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 91, n° 24.

²⁷¹⁶ **DESNOYER (C.)**. « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 AL. 1^{er} du code civil », in *Les conflits horizontaux de normes : le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, *op. cit.*, p. 151, n° 1.

spécialement attiré l'attention des auteurs qui se sont interrogés sur l'opportunité d'intégrer un régime commun du contrat d'adhésion au sein du Code civil. Pourtant, cette question présente un intérêt tout aussi important que celui du déséquilibre significatif. Pour rappel, l'article 1190 du Code civil 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 » tandis que l'article L. 211-1, alinéa 2 du Code de la consommation prévoit que : « Elles [les clauses] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur [...] ». Outre l'effet de « vases communicants » dont pourrait bénéficier l'article 1190 qui se verrait alors assigner, au même titre que l'article L. 211-1, alinéa 2, une portée impérative²⁷¹⁷, comment vont s'imbriquer les champs d'application de ces dispositions ? En principe, les contrats de consommation relèvent de l'article L. 211-1, alinéa 2. Or, certains contrats de consommation prennent la forme de contrat d'adhésion si bien qu'ils peuvent également se voir appliquer l'article 1190 dès lors qu'ils répondent aux critères de qualification du contrat d'adhésion posés à l'article 1110, alinéa 2 du Code civil. L'article 1190 ne serait-il donc qu'un simple doublon de la disposition consumériste ? Nous ne le pensons pas. Souvenons-nous, le domaine d'application du droit commun est indéfini. Partant, il est subsidiaire aux lois spéciales et intervient pour combler les lacunes, les failles ou les vides juridiques créés par ces dernières.

495. *L'intérêt de l'article 1190.* La définition du consommateur proposée à l'article liminaire du Code de la consommation ne s'est jamais montrée particulièrement satisfaisante en ce qu'elle ne semble pas prendre en considération les subtilités que présente le consommateur. L'article liminaire définit le consommateur de la façon suivante : est consommateur « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Suivant cette définition, un avocat qui conclut, pour son cabinet, un contrat de service auprès d'une entreprise spécialisée dans la pose de systèmes d'alarme ne sera pas qualifié de consommateur puisqu'il contracte ce contrat à des fins qui entrent dans son activité libérale. Il sera considéré comme un professionnel sachant ne méritant pas la protection du droit de la consommation. Or, peut-on vraiment penser que l'avocat s'y connaîtra tout aussi bien en

²⁷¹⁷ V. *supra* n° 431 ; ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.). « L'interprétation du contrat d'adhésion », *art. préc.*, p. 148, n° 8.

alarmes qu'en droit ? Certes, la notion de « consommateur » a toujours posé des difficultés et les tentatives de définition de la notion se sont toujours avérées être floues, ambiguës ou incomplètes. Cependant, il est regrettable que, dans ce cas précis, l'avocat ne puisse bénéficier des dispositions consuméristes. Dès lors, l'article L. 211-1, alinéa 2 du Code de la consommation est loin d'englober tous les contrats de consommation. C'est ici que l'article 1190 du Code civil devient intéressant. Il peut potentiellement combler cette faille du droit de la consommation. Pour reprendre notre exemple, à partir du moment où le contrat de service sera qualifié de contrat d'adhésion, l'avocat pourra aller sur le terrain de l'article 1190.

La disposition de droit commun s'avère également intéressante pour les professionnels de la concurrence dont le contrat sera qualifié d'adhésion. Puisque le droit de la concurrence ne prévoit aucune disposition relative à l'interprétation des contrats qu'il encadre, le droit commun intervient cette fois-ci pour éviter un vide juridique. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, les professionnels ont tout autant besoin de protection que les consommateurs en raison de la situation de dépendance dans laquelle ils peuvent se trouver au moment de la conclusion du contrat²⁷¹⁸. Les professionnels ne sont pas immunisés contre les déséquilibres contractuels excessifs. En plus des mesures particulières prévues par le droit des pratiques restrictives de concurrence, ils peuvent désormais se tourner vers le droit commun en cas d'ambiguïté d'une clause insérée dans leur contrat.

496. L'avantage du choix pour le justiciable. Qu'en est-il du contrat de vente et du contrat d'assurance ? En effet, l'interprétation du premier est prévue par un article spécifique, l'article 1602 du Code civil²⁷¹⁹, et le second est très souvent, si ce n'est toujours, interprété selon l'article L. 211-1, alinéa 2 du Code de la consommation. Concernant le contrat de vente, dès lors qu'il reçoit la qualification de contrat d'adhésion, il peut tout à fait bénéficier des termes de l'article 1190. Le contractant pourra alors opter pour l'une ou l'autre de ces dispositions. Aussi, nous pouvons envisager le cumul de ces deux articles car le résultat recherché est le même : les deux règles cherchent à sanctionner un rédacteur peu

²⁷¹⁸ V. *supra* n° 203.

²⁷¹⁹ Art. 1602 C. civ. : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige./ Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ».

scrupuleux et attentif à la clarté du contrat. Seul le domaine d'application diffère. Sachant que la qualification de contrat d'adhésion peut concerner tout type de contrat, qu'est-ce qui interdirait une application cumulative des articles 1190 et 1602 ? Ce cumul d'articles se ferait à l'avantage de l'adhérent dont l'action serait recevable sur le fondement de deux textes différents si bien que si l'un des fondements était irrecevable, l'autre pourrait suppléer à ce rejet. L'adhérent aurait donc deux fois plus de chance de voir son action être acceptée.

Quant au contrat d'assurance, rien n'empêcherait, à première vue, un cumul de l'article 1190 et de l'article L. 211-1, alinéa 2 du Code de la consommation. Ceci dit, parce que la majorité des décisions rendues par la Cour de cassation à propos de l'article L. 211-1, alinéa 2 concerne des contrats d'assurance, s'est posée la question de la qualification de ce contrat : peut-il recevoir la qualification de contrat de consommation ?²⁷²⁰ Pour certains, la soumission du contrat d'assurance au droit de la consommation ne fait pas de doute quant à la qualification du contrat d'assurance²⁷²¹. Pour d'autres, les dispositions du droit commun auraient encore une chance de s'appliquer²⁷²². Cette chance serait d'autant plus grande qu'il n'est pas exclu que le contrat d'assurance reçoive la qualification de contrat d'adhésion, hormis peut-être le cas des contrats d'assurance portant sur de très grands risques qui font souvent l'objet d'une négociation entre les parties²⁷²³. Nous pouvons donc penser que, contrat de consommation ou pas, l'assuré victime d'une clause ambiguë pourra désormais opter pour le droit commun ou le droit spécial de la consommation. Dans le meilleur des cas, il pourra bénéficier d'une application cumulative de ces deux articles dès l'instant où son contrat d'assurance recevra la qualification de contrat d'adhésion.

497. Cette démarche du cumul est privilégiée en droit québécois.

§ 2 : En droit québécois

498. *Une protection élargie de tous les consommateurs québécois.* L'introduction de l'article 1432 au sein du Code civil du Québec n'était pas une véritable nouveauté. Pour rappel, cet article dispose que : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de

²⁷²⁰ RAYMOND (G.). « Modalités d'interprétation d'une clause », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2016, n° 10, comm. 209.

²⁷²¹ CLARET (H.). « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation », *D.*, nov. 2003, n° 38, p. 2600.

²⁷²² VINEY (G.). « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », *D.*, oct. 1994, n° 36, p. 301.

²⁷²³ WALTZ-TERACOL (B.). « Le contrat d'assurance est-il un contrat d'adhésion ? », *R.G.D.A.*, mars 2020, n° 3, p. 6.

celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur ». L'interprétation *contra proferentem* connaissait un précédent à l'article 17 de la Loi sur la protection du consommateur qui disposait que : « Malgré l'article 1019 du Code civil du Bas-Canada²⁷²⁴, en cas de doute ou d'ambiguïté, le contrat doit être interprété en faveur du consommateur ». Dès l'instant où le droit commun possédait une règle similaire applicable non seulement au contrat d'adhésion mais également au contrat de consommation, il aurait été tout à fait possible pour le législateur québécois de supprimer l'article 17 de la L.P.C.²⁷²⁵. Or, ce n'est pas le choix qu'a fait le législateur. Il a, au contraire, décidé de maintenir l'article 17 en l'harmonisant avec la disposition de droit commun²⁷²⁶. Désormais, l'article 17 se lit comme suit : « En cas de doute ou d'ambiguïté, le contrat doit être interprété en faveur du consommateur ».

Selon le professeur Lluelles, il est heureux que l'article 17 n'ait pas été supprimé²⁷²⁷. Certains consommateurs n'auraient, en effet, pas pu bénéficier de l'article 1432 du Code civil du Québec parce qu'ils auraient négocié, ou auraient pu négocier, leur contrat. Il cite notamment l'agriculteur, le petit commerçant et, plus généralement, le professionnel qui auraient acquis un bien pour les besoins de son activité professionnelle²⁷²⁸. Ces derniers n'auraient effectivement pas répondu aux critères de la définition de l'article 1384 du Code civil du Québec qui dispose, pour rappel, que : « Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite ». Cet article fait donc référence au contrat de consommation conclu par « un particulier qui contracte pour un usage personnel »²⁷²⁹. Or, un contrat de consommation peut très bien être conclu par

²⁷²⁴ Art. 1019 C.c.B.-C. : « Dans le doute, le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

²⁷²⁵ **LLUELLES (D.)**. « Les règles de lecture forcée "*contra proferentem*" et "*contra stipulatorem*" : du rêve à la réalité », *art. préc.*, p. 253.

²⁷²⁶ *Ibid.*, p. 254, note de bas de page n° 76.

²⁷²⁷ *Ibid.*, p. 254.

²⁷²⁸ *Ibid.*

²⁷²⁹ **L'HEUREUX (N.)**. « L'identification du consommateur, son besoin de protection », *R. du B.*, janv.-fév. 1979, vol. 39, n° 1, p. 65.

un professionnel pour les besoins de ses activités, comme un avocat concluant un contrat de service avec une entreprise spécialisée dans la pose d'alarme pour reprendre notre exemple. Ce dernier pourra alors se tourner vers l'article 17 de la Loi sur la protection du consommateur qui encadre le contrat de consommation conclu par un consommateur « personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce »²⁷³⁰. Cette définition extrêmement large laisse à penser que le droit de la consommation québécois fait la distinction entre le consommateur intérimaire et le consommateur final²⁷³¹. Le premier va intégrer le bien qu'il acquiert à son produit tandis que le second, situé au bout de la chaîne de production, est totalement profane et va uniquement consommer le bien acquis²⁷³². En ce sens, il est possible de lire l'article 1e) de la L.P.C. comme excluant le consommateur intérimaire du champ d'application de la loi. Pour le reste des contrats de « pure » consommation, le consommateur aura le choix entre l'article 17 de la L.P.C. et l'article 1432 du Code civil du Québec²⁷³³, d'autant plus si son contrat de consommation est d'adhésion. En pratique, le cumul des textes est tout à fait possible.

499. Si les articles 1190 du Code civil français et 1432 du Code civil du Québec sont restés relativement discrets, il n'en va pas de même pour l'article 1171 du Code civil français. L'article 1437 du Code civil du Québec étant unique, le droit québécois n'a pas à répondre de l'articulation entre cette disposition et des dispositions cousines qui auraient pu exister dans les lois spéciales. Ainsi, les propos qui vont suivre ne concerneront que le droit français.

* * *

Conclusion de la section 1 :

500. Que l'on soit en droit français ou en droit québécois, les articles encadrant l'interprétation *contra proferentem* du contrat d'adhésion présentent une articulation relativement simple. Dans les deux cas, l'article 1190 du Code civil et l'article 1432 du Code

²⁷³⁰ Art. 1e) L.P.C.

²⁷³¹ L'HEUREUX (N.). *Ibid.*, p. 54.

²⁷³² *Ibid.*

²⁷³³ LLUELLES (D.). « Les règles de lecture forcée “*contra proferentem*” et “*contra stipulatorem*” : du rêve à la réalité », *art. préc.*, p. 254.

civil du Québec offrent une règle d'interprétation contre le stipulant à tous les consommateurs, quels qu'ils soient. Ce champ d'application large permet de pallier les ambiguïtés levées par les définitions française et québécoise du consommateur. En aucune façon, ces articles de droit commun ne doivent être perçus comme des doublons des articles spéciaux du droit de la consommation français et québécois. Au mieux, leur application pourra être cumulée avec lesdits articles. Bien entendu, ce cumul ne doit en aucun cas porter atteinte à l'intérêt du justiciable qui devra être judicieusement conseillé sur les implications procédurales qu'un tel cumul pourrait engendrer.

* * *

*

Section 2 : Le cas particulier du déséquilibre significatif

501. L'intégration d'un outil de lutte contre le déséquilibre significatif au sein du droit commun des contrats est bien ce qui a fait couler le plus d'encre au sein de la doctrine française. Incontournable de la lutte contre le déséquilibre contractuel, la réglementation des clauses abusives était perçue comme étant l'apanage des droits spéciaux. Ils doivent maintenant composer avec un nouvel arrivant : l'article 1171 du Code civil. Cette harmonisation semble être relativement simple pour l'articulation des articles 1171 et L. 212-1 du Code de la consommation (§ 1). Elle semble de, prime abord, plus complexe avec l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce mais sans pour autant être insurmontable et nuisible à l'article 1171 (§ 2).

§ 1 : L'articulation des articles 1171 du Code civil et L. 212-1 du Code de la consommation

502. Une articulation relativement simple avec l'article L. 212-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation. L'intérêt d'avoir inséré l'article 1171 au sein du Code civil se cristallise autour de la question de son champ d'application et de sa portée. Pour commencer, son articulation avec l'article L. 212-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation laisse entrevoir que peu d'intérêt pour l'article 1171 autant à cause de leurs points communs que de leurs différences. Pour rappel, l'article 1171 du Code civil dispose que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite./ L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». L'article L. 212-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation prévoit, quant à lui, 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 ». Tout d'abord, les deux dispositions présentent des similitudes, le législateur s'étant clairement inspiré de la disposition consumériste pour rédiger la règle de droit commun. Le droit de la consommation comme le droit commun sanctionnent le déséquilibre significatif en réputant non écrite la clause étant à son origine. Ensuite, tous deux interdisent également

le contrôle, par le juge, du déséquilibre portant sur l'objet et le prix du contrat. En effet, l'article L. 212-1, alinéa 3 précise que : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Malgré la méconnaissance par l'adhérent ou le consommateur (ou le consommateur-adhérent) des clauses accessoires du contrat, on peut raisonnablement penser qu'ils sont à même de prendre connaissance de la chose et du prix du contrat²⁷³⁴. Toutefois, et comme nous l'avons vu précédemment, cette affirmation mérite d'être nuancée pour l'article L. 212-1, alinéa 3 du Code de la consommation²⁷³⁵. L'on s'en souvient, la Cour de cassation semble avoir quelque peu assoupli ledit principe. Si, dans les mois et années à venir, la Haute juridiction maintenait sa position, cette voie de recours serait particulièrement intéressante pour les consommateurs-adhérents qui auraient, probablement, plus de facilité à prouver le caractère d'une clause inintelligible et incompréhensible que d'apporter la preuve qu'ils auraient conclu un contrat d'adhésion. Cet assouplissement du contrôle du déséquilibre significatif en droit de la consommation révèle un des avantages de la disposition consumériste que le droit commun des contrats ne propose pas, ou en tout cas pas encore. Dans la lignée de cette remarque, l'autre avantage de l'article L. 212-1, alinéa 3 du Code de la consommation est qu'il s'applique en fonction de la qualité des parties et non suivant la qualification du contrat. Dès lors, le consommateur est dispensé de rapporter la preuve qu'il a conclu un contrat d'adhésion. Sa seule qualité de consommateur suffit à déclencher la protection de l'article L. 212-1, alinéa 3. La charge de la preuve sera donc moins lourde à porter, surtout lorsque l'on sait que les critères de qualification du contrat d'adhésion soulèvent des questions. Qui plus est, le droit de la consommation met à la disposition du juge des listes de clauses grises ou noires qui lui facilitent la tâche dans la caractérisation d'une clause abusive. En outre, l'article L. 212-1, alinéa 3 peut être invoqué dans le cadre d'une action collective menée par une association de consommateurs ou une collectivité de consommateurs²⁷³⁶.

²⁷³⁴ **AMARO (R.)**. « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats, conc., consom.*, août 2014, n^{os} 8-9, p. 6, n^o 6.

²⁷³⁵ V. *supra* n^o 443.

²⁷³⁶ **CHANTEPIE (G.)**. « La réforme en pratique : les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *art. préc.*, p. 122 ; **FENOUILLET (D.)**. « Le juge et les clauses abusives », *art. préc.*, p. 362, n^o 21 : alors que l'article 1171 du Code civil « entend protéger l'intérêt privé du contractant directement victime du déséquilibre significatif, le droit de la consommation et le droit de la concurrence obéissent à de fortes considérations d'intérêt général, qu'il s'agisse de protéger préventivement et collectivement les consommateurs ou/et d'assurer la concurrence

La décision du juge de qualifier une clause d'abusives au visa de cette disposition aura donc une plus grande répercussion. De fait, le juge, en ciblant une clause abusive d'un contrat particulier de consommation, pourra, en cas d'action collective, faire tomber ladite clause dans d'autres contrats de consommation. *A contrario*, l'article 1171 reste une disposition individualiste²⁷³⁷ qui ne permet pas au juge d'étendre à d'autres contrats sa solution qui restera cantonnée au contrat particulier soumis à son contrôle.

Le consommateur aura donc plus intérêt à aller sur le terrain de l'article L. 212-1, alinéa 3 du Code de la consommation que sur celui de l'article 1171²⁷³⁸. Ceci dit, rien n'empêche une application cumulative des deux dispositions si le consommateur peut apporter la preuve qu'il a conclu un contrat d'adhésion. Qui plus est, la disposition consumériste peut tout à fait servir de guide dans la lecture et l'interprétation de l'article 1171²⁷³⁹, et rien n'interdit au juge du droit commun de s'inspirer des listes grises ou noires de clauses abusives du droit de la consommation²⁷⁴⁰. Les contrats de consommation étant déjà couverts par l'article L. 212-1, alinéa 3, l'article 1171 s'appliquera alors aux contrats conclus entre particuliers, notamment ceux passés sur les plateformes de l'économie collaborative, ainsi qu'aux contrats conclus par les professionnels qui se trouveraient exclus du droit de la consommation²⁷⁴¹. Nous retrouvons ici le cas de l'avocat qui conclut, pour

sur le marché, ce qui explique l'originalité du cadre de sanction, caractérisé par la diversité des autorités compétentes, la richesse de la gamme de sanctions, l'élargissement de la saisine du juge ».

²⁷³⁷ *Ibid.*

²⁷³⁸ **GAUDEMET (S.)**. « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, conc., consom.*, mai 2016, n° 5, dossier 5, p. 30, n° 11 ; **LAFURIE (K.)**. « Clauses abusives : articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E*, août 2017, n° 35, p. 30, n° 4.

²⁷³⁹ **FENOUILLET (D.)**. « Le juge et les clauses abusives », *art. préc.*, p. 362, n° 22 : « Nonobstant ces différences techniques importantes, l'analyse donne à voir la communauté d'inspiration du texte civil et des deux textes spéciaux. Dans les trois cas, en effet, la sanction du déséquilibre significatif ne procède pas seulement du souci de commutativité objective : elle tient au fait que le déséquilibre trouve sa source dans un consentement qui n'est pas de qualité ».

²⁷⁴⁰ **MARTIN (A.-C.)**. « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 130, n° 9.

²⁷⁴¹ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JPC G*, avr. 2016, n° 14, p. 664 ; **LAFURIE (K.)**. « Clauses abusives : articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *art. préc.*, p. 31, n° 6 ; **LICARI (F.-X.)**. « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Lamy droit civil*, janv. 2017, n° 144, p. 13 ; **WALTER (J.-B.)**. « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *art. préc.*, p. 348.

V. Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, n° 92-18.227, *Bull. civ. I*, n° 54 : « Mais attendu que les dispositions de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, devenu les articles L. 132-1 et L. 133-1 du Code de la consommation et l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant [...] ».

La jurisprudence du 4 février 2016 (V. supra n° 446) ne semble pas être une menace pour l'article 1171 qui, au contraire, aura plus de chance de s'appliquer à un professionnel. Pour rappel, la Cour de cassation avait élargi le champ d'application de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation à un professionnel. La réforme du Code de la consommation étant passée par là, ainsi que la réforme du droit des contrats, rien ne garantit la continuité de cette

les besoins de son cabinet, un contrat de pose d'un système d'alarme avec une entreprise spécialisée. Cet avocat, qui ne conclut pas pour ses besoins personnels ou domestiques, ne pourra se tourner vers le droit de la consommation mais trouvera une solution dans le régime de droit commun du contrat d'adhésion dès lors que le contrat conclu est d'adhésion.

503. Pourra-t-il également aller sur le terrain de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce ? Après la réforme du Titre IV du Livre IV du Code de commerce qui est venu modifier, entre autres, l'ancien article L. 442-6, il semblerait que le Code de commerce ne soit plus seulement le code des commerçants mais soit devenu le code des professionnels²⁷⁴². Ceci dit, est-il applicable à tous les professionnels ? Rien n'est moins sûr.

§ 2 : L'articulation des articles 1171 du Code civil et L. 442-1, I, 2° du Code de commerce

504. Une articulation plus complexe avec l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce. Aussi critiquée fut-elle²⁷⁴³, la réforme partielle du Code de commerce amorcée par la loi EGalim²⁷⁴⁴, et entérinée par l'ordonnance du 24 avril 2019²⁷⁴⁵, a le mérite de simplifier les pratiques restrictives de concurrence et de clarifier l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. L'objectif de la réforme était de recentrer la disposition autour des pratiques restrictives les plus utilisées par les opérateurs économiques à savoir l'avantage manifestement excessif, le déséquilibre significatif et la rupture brutale des relations commerciales²⁷⁴⁶. L'ancien article L. 442-6, I, 2°²⁷⁴⁷ n'a pas échappé à quelques retouches.

jurisprudence. Les professionnels-consommateurs auront tout intérêt à aller sur le terrain de l'article 1171 du Code civil.

²⁷⁴² **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le nouveau déséquilibre significatif », *RDC*, déc. 2019, n° 4, p. 37.

²⁷⁴³ **BUY (F.)**. « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.*, mai 2019, n° 20, p. 1122 ; **CHAGNY (M.)**. « La refonte du titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », *RTD com.*, avr. 2019, n° 2, p. 353 ; **FLEURY (P.)**. « L'article L. 442-6 du Code de commerce réformé en profondeur », *Lamy droit civil*, juin 2019, n° 171, p. 5 ; **PARLEANI (G.)**. « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *AJ Contrat*, avr. 2019, n° 4, p. 149 ; **PICOD (Y.)**. « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du Code de commerce », *AJ Contrat*, mai 2019, n° 5, p. 201.

²⁷⁴⁴ Art. 17 de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

²⁷⁴⁵ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

²⁷⁴⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

²⁷⁴⁷ Art. L. 442-6, I, 2° (anc.) : « 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

Tout d'abord, l'auteur visé par l'article L. 442-1, I n'est plus « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » mais « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ». Ensuite, la notion de « partenaire commercial », qui avait alors créé de nombreuses difficultés et soulevé bon nombre d'interrogations²⁷⁴⁸, est remplacée plus simplement par « l'autre partie ». Pour la grande majorité des auteurs, cette nouvelle formulation va d'autant plus réduire le champ d'application de l'article 1171, déjà bien limité sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, I, 2°²⁷⁴⁹. Ce dernier ne s'appliquerait alors plus qu'aux contrats conclus par des professionnels libéraux, entre des agents commerciaux et leurs mandants, ainsi que par des sociétés civiles immobilières ou des associations²⁷⁵⁰. Désormais, l'article L. 442-1 nouvellement formulé engloberait toutes ces situations puisque ne se limite plus au « partenaire commercial ». Partant, son domaine de prédilection ne serait plus uniquement celui de la grande distribution dans lequel l'ancien article L. 442-6, I, 2° s'était particulièrement illustré.

505. Les avantages de l'article L. 442-1, I, 2°. La disposition du droit des pratiques restrictives de concurrence offre des avantages que le droit commun ne propose pas. Pour resituer, l'article L. 442-1, I, 2° dispose que : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution du contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Premièrement, cette disposition autorise le juge à contrôler le déséquilibre en valeur du contrat²⁷⁵¹. Contrairement au droit commun, et au droit de la consommation

tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

²⁷⁴⁸ Cass. civ., 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27.967, *Bull. civ.*, n° 2, p. 94 : *Contrats, conc., consom.*, mai 2019, n° 5, p. 31, note N. Mathey ; Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, n° 1, p. 78 : *JCP E*, mai 2020, n° 21-22, p. 36, note M. Behar-Touchais ; *Gaz. Pal.*, fév. 2020, n° 5, p. 36, note C. Berlaud ; *JCP G*, mars 2020, n° 11, p. 525, note F. Buy ; *AJ Contrat*, mars 2020, n° 3, p. 153, note G. Chantepie ; *Petites Affiches*, mars 2020, n° 53, p. 14, note H. Hadj-Aïssa ; *Contrats, conc., consom.*, mars 2020, n° 3, p. 28, comm. N. Mathey.

²⁷⁴⁹ V. not. **GENICON (I.)**. « Conjuré la “faiblesse obligatoire” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *art. préc.*, p. 16, n° 14.

²⁷⁵⁰ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *art. préc.* p. 664. Il faut cependant mentionner l'arrêt rendu par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2011, n° 08-14.402, *Bull. civ.* I, n° 23 : *JCP G*, avr. 2011, n° 11, p. 684, note G. Paisant) qui autorise l'action en suppression de clauses abusives par une association de consommateurs envers une association de professionnels sur le terrain de l'ancien article L. 421-6 du Code de la consommation (aujourd'hui L. 621-7). Reste à savoir si cette solution sera maintenue ou si la disposition de droit commun sera d'un plus grand secours pour les associations.

²⁷⁵¹ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec* : *RTD civ.*, juin 2017, n° 2, p. 383, note H. Barbier ; *D.*, mars 2017, n° 9, p. 481, note F. Buy ; *Gaz. Pal.*, fév. 2017, n° 7, p. 34, note C. Belaud ; *Essentiel droit des*

avant lui, il ne limite pas le contrôle du déséquilibre significatif aux clauses accessoires du contrat mais vise à sanctionner un abus qui atteint également le cœur du contrat. Cela s'explique par l'appréciation même de l'abus de dépendance économique qui repose sur un élément subjectif qu'est le comportement violent du cocontractant²⁷⁵². Sa conduite ne se traduira pas seulement par une impossible négociation des termes du contrat. Elle aura également un impact sur l'économie générale du contrat si bien qu'il y a des chances pour que la partie dépendante accepte un contrat lésionnaire. Deuxièmement, la disposition spéciale engage la responsabilité de la partie à l'origine du déséquilibre significatif et lui incombe de réparer les éventuels dommages causés par lui. L'article 1171 se limite, quant à lui, à réputer la clause abusive non écrite. Troisième et dernier avantage, loin d'être négligeable, est la possibilité pour le ministre chargé de l'économie de demander la cessation du déséquilibre significatif et le prononcé de la nullité des clauses illicites aux termes de l'article L. 442-4, I, alinéa 3 du Code de commerce²⁷⁵³. L'action du ministre avait été particulièrement efficace sur le terrain de l'ancien article L. 442-6, I, 2° qui avait, au contraire, rencontré un succès extrêmement relatif lorsque l'action était introduite par les opérateurs économiques²⁷⁵⁴. Lorsque ces derniers assignaient leur partenaire commercial en justice, ils se voyaient, dans la majorité des cas, refuser l'application de l'ancien article L. 442-6, I, 2°²⁷⁵⁵. L'action du ministre était devenue réellement salvatrice pour les

contrats, mars 2017, n° 3, p. 1, note G. Cattalano-Cloarec ; *RTD com.*, nov. 2017, n° 3, p. 601 et p. 603, notes M. Chagny ; *RDC*, sept. 2017, n° 3, p. 470, note C. Grimaldi ; *Gaz. Pal.*, avr. 2017, n° 15, p. 37, note D. Houtcief ; *JCP E*, mars 2017, n° 10, p. 36, note S. Le Gac-Pech ; *Lamy affaires*, avr. 2017, n° 125, p. 14, note G. Leroy et S. Beaumont ; *Lamy droit civil*, mai 2017, n° 148, p. 10, note F.-X. Licari ; *Contrats, conc., consom.*, avr. 2017, n° 4, p. 24, note N. Mathey ; *Contrats, conc., consom.*, juill. 2017, n° 7, p. 79, note N. Mathey ; *Lamy concurrence*, mars 2017, n° 59, p. 17, note P. Vanni et A.-C. Martin.

V. égal. l'étude de la professeure Behar-Touchais : « La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales : à propos de l'arrêt Galec », *JCP G*, mars 2017, n° 10, étu. 255, p. 436, spéc. p. 439 et s. : l'auteure est particulièrement critique de la solution rendue par la Cour de cassation et notamment sur le fait que la haute juridiction étende le contrôle de la lésion aux contrats de la grande distribution. Le juge ne disposant d'aucun repère contrairement à d'autres domaines, l'auteure craint des difficultés d'un contrôle rationnel du prix excessif. A terme, cette solution risquerait d'entraîner une « judiciarisation de l'économie » (p. 437) qui serait préjudiciable au domaine de la grande distribution.

²⁷⁵² **LAFURIE (K.)**. « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *art. préc.*, p. 32, n° 8.

²⁷⁵³ Art. L. 442-4, I, al. 3 C. com. : « Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile [...] ».

²⁷⁵⁴ **GRALL (J.-C.), MALLEN (G.)**. « Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », *Lamy concurrence*, déc. 2016, n° 56, p. 21-22 ; **AMARO (R.)**. « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *art. préc.*, p. 8, n° 14.

²⁷⁵⁵ **GRALL (J.-C.), MALLEN (G.)**. *Ibid.*, p. 22.

professionnels de la grande distribution qui n'osaient pas toujours engager une action contre leur partenaire commercial.

506. Le critère de la « soumission ». Malgré ses avantages, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce n'est pas sans réserver son lot de difficultés. Il en va notamment du critère de la « soumission » ou de la « tentative de soumission » dont la preuve semble être particulièrement difficile à apporter. Il nous faut d'emblée préciser que l'article L. 442-1, I, 2°, comme l'article 1171 du Code civil, repose sur des conditions d'application tenant au mode de formation du contrat. Certes, le juge doit tenir compte du contexte de conclusion du contrat et des relations commerciales qui l'entourent. Il doit ainsi procéder à une analyse globale et concrète du contrat pour apprécier le déséquilibre significatif²⁷⁵⁶. Dans les arrêts *Eurachan* ou *Provera*, par exemple, les hauts magistrats ont appuyé les décisions rendues par les Cours d'appel qu'ils ont considéré comme légalement justifiées²⁷⁵⁷. En effet, les juges du second degré avaient très justement évalué la teneur des négociations qui s'étaient tenues, ou pas, entre les parties, les concessions qui avaient été accordées à propos de certaines clauses ou encore, avaient apprécié l'économie générale du contrat. Néanmoins, cette analyse n'est pas suffisante. Pour être retenu, le déséquilibre significatif de l'article L. 442-1, I, 2° doit découler d'une soumission ou d'une tentative de soumission d'une partie par l'autre à une obligation créant ledit déséquilibre. Cette soumission, ou tentative de soumission, doit se traduire, en pratique, par « l'absence de négociation effective »²⁷⁵⁸.

²⁷⁵⁶ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera* : *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 523, note M. Behar-Touchais ; *D.*, mai 2015, n° 17, p. 1021, note F. Buy ; *RTD com.*, oct. 2015, n° 3, p. 486, note M. Chagny ; *AJ Contrat*, mai 2015, n° 5, p. 218, note G. Chantepie ; *D.*, avr. 2015, n° 16, p. 947, note D. Ferrier ; *JCP E*, avr. 2015, n° 17, p. 36, note S. Le Gac-Pech ; *Lamy droit civil*, mai 2015, n° 126, p. 17, note C. Le Gallou ; *JCP E*, juin 2015, n° 25, p. 34, n° 7, note R. Loir ; *Contrats, conc., consom.*, mai 2015, n° 5, p. 50, note N. Mathey ; *D.*, mai 2015, n° 17, p. 998, note S. Tréard.

²⁷⁵⁷ V. *supra* n° 94.

²⁷⁵⁸ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *Bull. civ.*, n° 9, p. 62 : *AJ Contrat*, janv. 2020, n° 1, p. 35, note F. Buy ; *Gaz. Pal.*, déc. 2019, n° 44, p. 38, note C. Berlaud ; *JCP G*, janv. 2020, n° 1, p. 26, note N. Dissaux ; *Contrats, conc., consom.*, janv. 2020, n° 1, p. 27, comm. N. Mathey. V. égal. Cass. com., 3 mars 2015, arrêt *Eurachan* : « qu'il constate ensuite, au regard des différents avenants qu'il énumère, et sans se limiter à la seule clause en litige, que si une négociation peut donner lieu à certaines modifications, celle de l'article 14 est toujours refusée [...] » ; Cass. com., 3 mars 2015, arrêt *Provera* : « Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant constaté, en se référant à la situation des fournisseurs, qu'elle a identifiés, que les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses [...] » ; Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Bull. civ.* IV, n° 87, arrêt *Le Galec* : « Mais attendu qu'ayant constaté que les clauses litigieuses étaient insérées dans tous les contrats signés par les fournisseurs, lesquels ne disposaient pas du pouvoir réel de les négocier [...] » ; Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043, inédit, arrêt *EMC Distribution* : « que le fait pour un distributeur d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans un tel contrat, donne à cette clause la portée d'un principe auquel les fournisseurs ne peuvent déroger qu'aux termes d'une négociation qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée [...] » ; T. com. Paris, 1^{ère} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, p. 19 : « La caractérisation de la soumission ou

Il faut que soit réellement démontrée l'absence de négociation. Dans l'arrêt du 20 novembre 2019, d'où nous tirons la solution mentionnée ci-dessus, le ministre chargé de l'économie, ayant introduit une action en suppression d'un déséquilibre significatif, ne pouvait pas se contenter de s'appuyer uniquement sur la structure générale du secteur de la distribution qui, de fait, rend les négociations difficiles. Il devait, en plus, apporter la preuve alléguée de la soumission d'une des parties par l'autre, à savoir une négociation impossible des termes du contrat. Partant, la soumission ne se présume pas.

507. Une jurisprudence constante. Cette décision, rendue dans le domaine particulier de la grande distribution, pourrait vraisemblablement être élargie à d'autres contrats conclus entre professionnels. Il en va de l'arrêt inédit rendu le 7 juillet 2021²⁷⁵⁹ dans lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle les exigences relatives à la preuve de la soumission. L'affaire opposait une compagnie d'assurance subrogée dans les droits de son client, Avenir Telecom, une entreprise de distribution de produits et accessoires électroniques, ainsi que les mandataires de cette dernière (l'entreprise étant en procédure de redressement judiciaire) à l'entreprise Delta. Avenir Telecom avait conclu un contrat de télésurveillance de service de sécurité et un contrat de maintenance ou de télémaintenance avec l'entreprise Delta. Avenir Telecom fut alors victime d'un vol sans que l'alarme ne se soit déclenchée. Le premier moyen soulevé par les requérants retiendra notre attention. La compagnie d'assurance et les mandataires de l'entreprise soutinrent que la soumission ou tentative de soumission s'appréciait au regard de l'imposition des clauses du contrat à la partie contractante. Parce qu'imposée, cette clause échappe, de fait, à la libre négociation. Or, au cas d'espèce, les clauses du contrat de télésurveillance, et notamment la clause limitative de responsabilité, objet du litige, étaient reprises sous la forme de conditions générales préimprimées de sorte que – et c'est cette précision soulevée par les requérants qui va leur faire défaut – même pour un professionnel du stockage, il était impossible de négocier les clauses. A leurs yeux, le contrat conclu pouvait recevoir la qualification de contrat d'adhésion. La Cour d'appel de Paris déboute les parties de leurs demandes car elle considère que la conclusion d'un contrat pré-rempli ne suffit pas à caractériser une

tentative de soumission visée par le Ministre implique essentiellement la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées, sauf à ce que cette absence de négociation soit consubstantielle et par conséquent indispensable à l'économie du contrat ou bien rééquilibrée par d'autres clauses ou par l'économie générale du contrat ». ²⁷⁵⁹ Cass. com., 7 juill. 2021, n^{os} 19-22.807 et 19-22.956, inédit : *Contrats, conc., consom.*, oct. 2021, n^o 10, comm. 151, p. 17, comm. N. Mathey.

soumission ou une tentative de soumission. Les requérants devaient apporter la preuve d'une réelle absence de négociation effective des termes du contrat pour espérer qualifier le contrat de télésurveillance en contrat d'adhésion. Qui plus est, la Cour d'appel de Paris relève que l'entreprise Avenir Telecom, qui s'était elle-même reconnue comme professionnelle du stockage, disposait d'un rapport de force favorable en raison de sa taille, de son poids économique et de sa présence sur le marché. La Cour de cassation, suite à un contrôle léger des motifs de la juridiction de second degré, rejette les prétentions des parties. Elle estime, au même titre que les juges d'appel, que le rapport de force existant entre les parties ne traduit en rien un déséquilibre économique de nature à empêcher la société Avenir Telecom de négocier les termes de son contrat. Rien, dans les éléments de preuve apportées par les parties, n'excluait la possibilité, ou non, d'effectivement négocier les termes du contrat. Cet arrêt s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence précédente en ce que la Cour de cassation retient constamment l'absence de négociation effective pour caractériser la soumission ou la tentative de soumission. Bien que l'article 1171 ne soit pas cité, les contrats ayant été conclus avant la réforme du droit des contrats, l'on retrouve ici l'application des deux conditions de la définition du contrat d'adhésion. Certes, le contrat doit avoir été unilatéralement déterminé par l'une des parties. Encore faut-il que l'adhérent ait été dans l'impossibilité matérielle totale de négocier les termes du contrat. Aussi, et même s'il n'est pas explicitement repris dans la définition, le critère du déséquilibre des forces semble également prépondérant dans la qualification du contrat d'adhésion.

Cette jurisprudence a également été appliquée par les juges consulaires parisiens dans le cadre d'un contrat de franchise conclu entre Subway et ses franchisés. La méthode d'appréciation précédemment vue a été appliquée par le Tribunal de commerce de Paris dans son jugement *Subway* déjà célèbre rendu le 13 octobre 2020²⁷⁶⁰. En l'espèce, le franchiseur Subway reconnaissait sans difficulté que le contrat conclu entre lui et ses franchisés était un contrat d'adhésion. Cependant, il soutenait, en même temps, que ce contrat avait été négocié car les franchisés avaient eu la possibilité d'étudier des documents ou de faire appel à un conseil. Le contrat d'adhésion devenait donc un contrat de gré à gré. Or, le Tribunal de commerce de Paris estime que : « la négociation ne consiste pas à permettre seulement à son co-contractant d'étudier des documents, consulter un conseil et

²⁷⁶⁰ T. com. Paris, 1^{ère} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123.

poser des questions pertinentes »²⁷⁶¹. Au contraire, la négociation « suppose des concessions réciproques » véritablement négociées par les parties²⁷⁶². En l'espèce, il n'y avait eu aucun échange de nature précontractuelle destiné à établir une quelconque discussion à propos du contenu du contrat.

Une telle appréciation du déséquilibre significatif n'est pas sans rappeler celui du droit commun qui, pour être retenu, doit être relevé dans un contrat d'adhésion. Or, l'on sait que le contrat d'adhésion se caractérise par une impossible négociation des termes du contrat. Ainsi, « qu'il s'agisse d'examiner le déséquilibre significatif sur le terrain du code civil ou sur celui du code de commerce, un point commun se dégage : la prohibition du déséquilibre significatif ne vise réellement que les contrats d'adhésion [...] »²⁷⁶³. De fait, la « soumission » à laquelle fait référence le droit des pratiques restrictives de concurrence « implique que les contrats dans le champ d'application de l'article [L. 442-1, I, 2°] sont eux aussi des contrats d'adhésion »²⁷⁶⁴. Bien que la Cour de cassation soit particulièrement attentive à la réciprocité et à l'absence de contrepartie dans son appréciation du déséquilibre significatif, il n'en reste pas moins que le contrat d'adhésion se révèle être un indice probant pour les hauts magistrats dans la caractérisation dudit déséquilibre²⁷⁶⁵. Le mot « indice » est particulièrement important ici. En effet, et comme nous l'avons précédemment souligné, ce n'est pas parce que le contrat conclu est qualifié d'adhésion qu'il y aura automatiquement un déséquilibre significatif²⁷⁶⁶. Le Tribunal de commerce de Paris, dans son jugement *Subway*, a été sensible à cette subtilité. Le juge consulaire estime, à raison, que la conclusion d'un contrat d'adhésion ne présume en rien le déséquilibre significatif. Ce dernier naît d'un rapport de force établi en faveur du franchiseur qui n'aura que la faculté d'abuser de son

²⁷⁶¹ T. com. Paris, 1^{ère} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, p. 20. V. **BOUDOU (M.)**. « De l'importance du contrôle du juge judiciaire dans la police des pratiques restrictives : l'équilibre du jugement du 13 octobre 2020 dans le contentieux Subway », *Lamy concurrence*, janv. 2021, n° 101, p. 35.

²⁷⁶² *Ibid.*

²⁷⁶³ **LECOURT (A.)**. « Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité ? », *Lamy droit des affaires*, déc. 2016, n° 121, p. 45.

²⁷⁶⁴ **LICARI (F.-X.)**. « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *art. préc.*, p. 11.

²⁷⁶⁵ Cass. com., 3 mars 2015, arrêt *Provera*. **GICQUIAUD (E.)**. « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, juill. 2014, n° 2, p. 276, n° 18 ; **CHAGNY (M.)**. « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », *RTD com.*, oct. 2015, n° 3, p. 489 et s. ; **CHAGNY (M.)**. « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJ Contrat*, mars 2016, n° 3, p. 117 ; **CHANTEPIE (G.)**. « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E*, juin 2018, n° 25, p. 50, n° 5 ; **MARTIN (A.-C.)**. « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *art. préc.*, p. 132-133, n° 17 ; **RIERA (A.)**. « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations : une notion, deux régimes ? », *Lamy concurrence*, juill. 2016, n° 52, p. 21.

²⁷⁶⁶ V. *supra* n° 358.

pouvoir. La position dominante ne constitue qu'un indice du déséquilibre significatif²⁷⁶⁷. Comme nous venons de le voir, la soumission ou tentative de soumission doit être caractérisée par une absence de négociation effective. Partant, et comme nous l'avons déjà relevé, peu importe si la signature du contrat a été libre mais mal éclairée (contrat d'adhésion) ou si elle a été consciente mais forcée (contrat de dépendance)²⁷⁶⁸. Dans les deux cas, point de négociation. En conséquence, un contrat de dépendance peut très bien recevoir la qualification de contrat d'adhésion, comme cela avait déjà été souligné par le professeur Virassamy²⁷⁶⁹, dès l'instant où sa négociation n'aura pas été possible. Dès lors, l'impossible négociation est une conséquence nécessaire dans la caractérisation du déséquilibre significatif et ce, même dans un contrat de dépendance²⁷⁷⁰. Finalement, de la même manière que l'article 1171 suppose la qualification d'un accord contractuel en contrat d'adhésion, l'article L. 442-1, I, 2° laisse également entrevoir la qualification de contrat d'adhésion²⁷⁷¹. Cet article est donc tout aussi délicat à mettre en œuvre que la disposition de droit commun. Il est peut-être même plus difficile à appliquer car ses critères sont très rigoureux et la jurisprudence se montre très exigeante dans leur mise en œuvre.

508. Un espoir pour l'article 1171 du Code civil. La nouvelle rédaction proposée par l'article L. 442-1, I, 2° laisse subsister un espoir pour l'article 1171 du Code civil²⁷⁷². En premier lieu, il précise que la pratique abusive ayant conduit au déséquilibre significatif doit s'inscrire « dans le cadre de la négociation commerciale [...] ». En second lieu, il faut garder à l'esprit que la lutte contre le déséquilibre significatif avait été introduit dans le Code de commerce par la loi LME de 2008. Cette loi avait, entre autres, pour objectif de donner

²⁷⁶⁷ T. com. Paris, 1^{ère} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, p. 19 : « La jurisprudence, contrairement aux conclusions que Subway en tire, considère la position dominante, non pas comme une condition sine qua none, mais comme pouvant participer au faisceau d'indices permettant de caractériser la soumission, puisque la position dominante détenue sur un marché rend plus facile à l'acteur qui en bénéficie l'éventuel refus de sa part de négocier les contrats d'adhésion qu'il propose ».

²⁷⁶⁸ CHENEDE (F.). *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations – innovations – perspectives*, op. cit., p. 111, n° 23.365 ; LAFAURIE (K.). « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », art. préc., p. 32, n° 9.

²⁷⁶⁹ VIRASSAMY (G.). *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, op. cit., p. 132, n° 183.

²⁷⁷⁰ BUY (F.). « Le “déséquilibre significatif” devant la Cour de cassation : enfin des précisions ? », art. préc., p. 1023 ; MOULY-GUILLEMAUD (C.). « Déséquilibre significatif et rupture brutale : variations introduites par la réforme du Titre IV du Livre IV du Code de commerce », *Lamy droit civil*, juill. 2019, n° 172, p. 12.

²⁷⁷¹ V. *supra* n° 94.

²⁷⁷² MALAURIE-VIGNAL (M.). « Le déséquilibre significatif du Code de commerce est-il de nature à cannibaliser celui du Code civil ? », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2019, n° 10, p. 3 : selon l'auteure, la nouvelle rédaction de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce ne changerait pas tant les choses par rapport au champ d'application de l'ancienne rédaction.

plus de souplesse aux professionnels dans la tenue de leur négociation et de favoriser cette dernière²⁷⁷³. Tandis que le déséquilibre significatif du droit de la consommation a pour but de corriger une absence de négociation, celui du droit des pratiques restrictives de concurrence vise plutôt à sanctionner une négociation menée de mauvaise foi ou rendue impossible²⁷⁷⁴. L'ancien article L. 442-6, I, 2° s'apparentait donc à un garde-fou de la négociation commerciale²⁷⁷⁵. Partant, l'on peut se demander si la nouvelle formulation de l'article L. 442-1 va fondamentalement venir bouleverser les choses. Il est permis de penser que tous les professionnels ne pourront, et ne voudront, pas bénéficier de la disposition du Code de commerce. Qu'en est-il des professionnels libéraux, des établissements de paiements et de monnaie électronique²⁷⁷⁶, d'un locataire ayant conclu un bail commercial²⁷⁷⁷, ou encore, pour reprendre le même exemple, de notre avocat qui veut installer un système d'alarme dans son cabinet ? Peut-on imaginer que ces professionnels soient invités à participer à une négociation commerciale ? Le cas d'espèce de l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 7 juillet 2021 illustre parfaitement les limites de l'article L. 442-1 du Code de commerce. En raison de la date de conclusion des contrats (2003 et 2005), le nouveau droit des contrats ne pouvait se voir être appliqué à l'affaire en cours. Mais s'il devait y avoir une affaire similaire présentant un contrat conclu après la loi de ratification de 2018, le professionnel victime d'un vol sans que son alarme ne se soit déclenchée ne pourrait-il pas aller sur le terrain de l'article 1171 ? Nous pouvons penser que la conclusion d'un contrat de télésurveillance et de maintenance n'entre pas dans le cadre de la négociation commerciale que cherche à protéger l'article L. 442-1 tout comme un contrat de location financière conclu entre un locateur d'automobiles et un professionnel

²⁷⁷³ V. *supra* n° 93.

²⁷⁷⁴ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**. « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 202 ; « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1258 ; **MATHEY (N.)**. « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consommériste », *art. préc.*, p. 20, n° 4.

²⁷⁷⁵ **GICQUIAUD (E.)**. « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *art. préc.*, p. 269, n° 7.

²⁷⁷⁶ T. com. Paris, ch. 1, 2 sept. 2019, n° JurisData : 2019-016984 : *Contrats., conc., consom.*, nov. 2019, n° 11, p. 23, note N. Mathey ; *Petites Affiches*, déc. 2019, n° 261, p. 5, note A. Pitras : les établissements de paiements et de monnaies électroniques sont exclus du champ d'application de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

²⁷⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 15 fév. 2018, n° 17-11.329, *Bull. civ.* III, n° 21 : « Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit que seules les activités de production, de distribution ou de services entrent dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, la cour d'appel, sans excéder ses pouvoirs, en a exactement déduit que le litige, qui portait sur l'exécution d'un bail commercial, ne relevait pas des juridictions spécialement désignées pour statuer en application de ce texte » ; *JCP N*, juin 2019, n° 24, 1211, p. 30, chron. M. Mekki.

V. égal. **BARBIER (J.-D.)**. « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.*, juill. 2016, n° 25, p. 55.

de la restauration²⁷⁷⁸. Certes, il faudra toujours apporter la preuve de l'absence avérée d'une négociation matériellement impossible pour voir le contrat litigieux être qualifié d'adhésion. Toutefois, pouvons-nous espérer que cette preuve soit plus légère sur le terrain du droit commun ? Le fait de s'être reconnu professionnel du stockage fait-il de l'entreprise un professionnel sachant dans le domaine de la télésurveillance ? Suivant ce raisonnement, peut-il prétendre détenir un poids économique comparable à son cocontractant sur le marché des alarmes et de la télésurveillance ? Dans l'hypothèse où nous retenons une réponse négative, ne peut-on pas en déduire que cela rend la négociation impossible ? Il ne serait pas invraisemblable d'imaginer que l'entreprise spécialisée dans la télésurveillance impose ses conditions au professionnel des télécommunications. Finalement, le champ d'application du nouvel article 1171 dépendra de la délimitation du champ d'application de l'article L. 442-1 que fera la Haute Cour²⁷⁷⁹.

En attendant, ce dernier remplit parfaitement son rôle de disposition du droit commun, à savoir le comblement des lacunes laissées par le droit spécial en permettant à tous les professionnels d'être protégés contre le déséquilibre significatif. Dans tous les cas, le cumul des deux dispositions est tout à fait envisageable en raison de leur complémentarité²⁷⁸⁰. Les deux textes reposent, en effet, « sur des logiques finalement très proches qui permettent, d'une certaine façon, de les unifier intellectuellement »²⁷⁸¹. Tous deux ont pour objectif de lutter contre le déséquilibre significatif dès lors qu'il est le résultat d'une négociation impossible entre les parties. Si l'article L. 442-1, I, 2° vise en particulier les contrats conclus entre professionnels, l'article 1171 englobe cette catégorie de contractants puisqu'il est une disposition de droit commun. Les professionnels auraient donc tout intérêt à fonder leur demande sur les deux dispositions²⁷⁸². Pour cause, un

²⁷⁷⁸ Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, Bull. civ., n° 1, p. 116.

²⁷⁷⁹ **MALAUURIE-VIGNAL (M.)**. « Le déséquilibre significatif du Code de commerce est-il de nature à cannibaliser celui du Code civil ? », *art. préc.*, p. 3.

²⁷⁸⁰ **CHANTEPIE (G.)**. « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *art. préc.*, p. 51, n° 9 ; **LAFURIE (K.)**. « Clauses abusives : Articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *art. préc.*, p. 31, n° 7 ; **LAGARDE (X.)**. « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.*, nov. 2016, n° 37, p. 2176-2177 ; **LECOURT (A.)**. « Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité ? », *art. préc.*, p. 45 ; **RIERA (A.)**. « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations : une notion, deux régimes ? », *art. préc.*, p. 20. *Contra* **HONTEBEYRIE (A.)**. « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.*, nov. 2016, n° 37, p. 2180.

²⁷⁸¹ **LECOURT (A.)**. « Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité ? », *art. préc.*, p. 45.

²⁷⁸² **MARTIN (A.-C.)**. « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *art. préc.*, p. 133-134, n° 20.

opérateur économique qui s'inquièterait de l'efficacité de son assignation sur le fondement de l'article L. 442-1 pourra toujours espérer voir la clause abusive être réputée non écrite sur le terrain de l'article 1171 dès lors qu'il apporte la preuve de l'existence d'un contrat d'adhésion. Il pourra également agir uniquement sur le terrain de l'article 1171 s'il préfère opter pour une juridiction de droit commun et ainsi éviter le recours à une juridiction spécialisée²⁷⁸³. Tout dépendra de la stratégie qu'il voudra mettre en place.

509. Si l'intérêt technique de l'article 1171 s'avère aujourd'hui limité, nous ne croyons pas pour autant que cette disposition ne soit d'aucun intérêt. En effet, la dimension symbolique qui la caractérise est extrêmement importante. Elle est le marqueur d'un droit commun des contrats plus sensible à la réalité contractuelle et au défi de justice contractuelle d'aujourd'hui. Cet article est l'indicateur d'un changement d'esprit de la matière et d'un renouveau de ses principes. A l'image de l'article 1437 du Code civil du Québec, il est peut-être en passe de devenir, à son tour, une icône, si ce n'est de la nouvelle moralité contractuelle, de la justice contractuelle.

* * *

Conclusion de la section 2 :

510. En France, l'articulation entre les articles 1171 du Code civil et L. 442-1 du Code de commerce se révèle être potentiellement plus délicate qu'en matière d'interprétation du contrat d'adhésion en raison des avantages et inconvénients que présente la règle du droit des pratiques restrictives de concurrence. Il est vrai que, contrairement à la règle de droit commun, l'article L. 442-1 du Code de commerce présente le net avantage de pouvoir être soulevé par le ministre de l'Economie, qui peut également engager la responsabilité du contractant qui aura abusé de son pouvoir unilatéral et imposé des clauses abusives à son partenaire commercial. Aussi, la réécriture de l'article L. 442-1 élargit le champ d'application de la disposition et ce, au détriment de l'article 1171 qui semble voir son domaine être encore réduit. Cependant, la disposition du droit des pratiques restrictives de concurrence est toujours apparue, et apparaît encore, comme un garde-fou d'une négociation commerciale qui n'aurait pas été menée de bonne foi. Partant, certains professionnels ne pourraient pas

²⁷⁸³ **WALTER (J.-B.)**. « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *art. préc.*, p. 349.

bénéficiaire de la protection du droit des pratiques restrictives de concurrence. En effet, qu'en est-il des professionnels libéraux ou des parties à un bail commercial qui n'auront pas mené de « négociation commerciale » telle qu'entendue par le droit de la concurrence ? Ces professionnels ne sont pas, pour autant, démunis car ils auront toujours la possibilité de se tourner vers l'article 1171 du Code civil. *A contrario* de l'article L. 442-1 du Code de commerce, ce dernier présente l'avantage de ne pas commander la saisine d'une juridiction spécialisée si bien que les professionnels sus-cités pourront déposer leur requête auprès d'une juridiction de droit commun. L'accès à la justice contractuelle se trouverait donc renforcée grâce à l'article 1171 du Code civil qui n'est certainement pas dénué d'intérêt.

* * *

*

Conclusion du Chapitre 2 :

511. L'intégration d'un régime de droit commun du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois consolide, en l'élargissant, la protection des adhérents. Les articles 1190 et 1432 des Codes civils français et québécois s'appliquent non seulement aux consommateurs qui bénéficient déjà de l'article L. 211-1, alinéa 2 du Code de la consommation et de l'article 17 de la Loi sur la protection du consommateur – qui peuvent alors prétendre à un cumul des dispositions du droit commun et du droit spécial –, mais également à tous ceux qui seraient exclus des champs d'application des deux articles sus-cités. En effet, certains consommateurs, notamment les professionnels contractant pour la gestion de leur commerce ou de leur entreprise, se trouvaient, auparavant, face à un vide juridique gauchement comblé par des dispositions qui n'étaient pas conçues pour interpréter le contrat en faveur de l'adhérent – à savoir l'ancien article 1162 du Code civil et l'ancien article 1019 du Code civil du Bas-Canada. Désormais, ils peuvent se tourner vers l'interprétation *contra proferentem* expressément prévue par le droit commun des contrats. Grâce à la généralité absolue du droit commun, toutes les situations contractuelles mettant en jeu un contrat d'adhésion à visée de consommation et nécessitant une interprétation des termes de ce contrat, jugés trop ambigus, sont envisagées et encadrées.

512. Il en va de même pour la lutte contre les clauses abusives dont la stratégie, en France, repose sur trois dispositions différentes. L'articulation des articles 1171 du Code civil et L. 212-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation est, de loin, la plus simple à mettre en œuvre. Les deux dispositions se ressemblent fortement étant donné l'inspiration consumériste dans la rédaction de l'article 1171 du Code civil. Toutes deux écartent toute intrusion d'un contrôle de la lésion et toutes deux réputent la clause abusive non écrite. Toutefois, et bien que l'article L. 212-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation présente plus d'avantages au consommateur qui a conclu un contrat d'adhésion – absence de charge de la preuve, listes noire et grise mises à dispositions du juge, répercussions positives de l'action collective – l'article 1171 vient, encore une fois, combler les vides juridiques en offrant un moyen de lutte contre les clauses abusives à tous les consommateurs, peu important le motif de conclusion du contrat. La conjugaison des articles 1171 et L. 442-1,

I, 2° du Code de commerce se révèle être plus complexe. De la nouvelle rédaction de la disposition du Code de commerce dépend le champ d'application de l'article 1171. En effet, la réforme intervenue en 2019 étend le dispositif de lutte contre les clauses abusives à toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de services, et ne limite plus la soumission au seul partenaire commercial mais concerne désormais toute partie. Le champ d'action de l'article L. 442-1, I, 2° s'est donc considérablement élargi, faisant craindre pour celui de l'article 1171 qui risque d'être réduit à peau de chagrin. Cela étant dit, toujours grâce à l'indéfini du droit commun, la disposition de lutte contre le déséquilibre significatif de l'article 1171 a pour vocation à appuyer tous les professionnels, quels qu'ils soient, et même à faciliter les démarches d'un opérateur économique qui ne souhaiterait pas exprimer des doléances face à un tribunal spécialisé et préférerait entreprendre ses démarches face à un tribunal de droit commun. Aussi, et comme pour le droit de la consommation, rien n'empêche le cumul des deux dispositions. Si, malheureusement, son intérêt pratique s'avèrerait minime, l'article 1171 disposera toujours d'une aura que les dispositions spéciales ne possèdent pas : une dimension symbolique fondamentale.

*

*

*

Conclusion du Titre 2 :

513. Aux termes de ces développements, nous pouvons penser que le temps du droit commun est loin d'être révolu et qu'il a, encore et toujours, toute sa place au sein du droit des contrats. De par sa généralité absolue, le droit commun a vocation à encadrer tous les contrats quels qu'ils soient. Il a pour ambition d'intervenir dans tous les domaines pour pallier n'importe quelle lacune et combler tout vide juridique laissé par une législation spéciale. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que le droit commun des contrats n'a pas vocation à tout prévoir ni à tout encadrer. C'est un objectif qu'il ne pourrait de toute façon pas assumer. Il présente une subsidiarité qui est intrinsèque à sa fonction. Les droits spéciaux doivent donc, à un moment donné, prendre le relais et venir encadrer, avec ce degré de précision qu'est le leur, les contrats particuliers. Ces derniers se voient affecter une réglementation détaillée qui leur offre une cohérence propre. Ceci dit, ces règles ne sont pas inventées de toutes pièces et puisent leur inspiration dans les règles et principes du droit commun. Les droits spéciaux ne peuvent pas se construire sans s'appuyer sur les fondements du droit commun. L'autonomie n'est donc pas une option et la complémentarité est de mise. Cette façon d'appréhender l'articulation entre ces deux entités normatives a d'autant plus de résonance lorsque l'on s'intéresse de plus près à un droit de tradition civiliste qui a pour habitude de naviguer entre différents droits communs, et qui assume pleinement la vocation subsidiaire de son Code civil. L'histoire du droit québécois, de sa création à aujourd'hui, témoigne du dialogue qui peut, et doit, exister entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux. Ce dialogue est possible, voire nécessaire, dans l'articulation des règles particulières du contrat d'adhésion.

Bien que le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence disposent déjà de règles efficaces protégeant les adhérents contre les éventuels déséquilibres contractuels, les dispositions insérées dans les Codes civils, et plus particulièrement dans le Code civil français, permettent de faire face à tous les déséquilibres contractuels présents dans tous les contrats d'adhésion. Toutes ces règles qui ont pu, en France, être qualifiées de doublons, peuvent s'articuler de façon harmonieuse pour peu que l'on accepte la vocation subsidiaire du droit commun dont la nature est d'être incomplet.

Ce dernier propose une protection à tous les adhérents, qu'ils soient déjà protégés par les droits spéciaux ou qui, à l'inverse, ne pourraient bénéficier des dispositions consuméristes ou du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le principe de justice contractuelle en ressort mieux respecté. En effet, ce dernier voit sa portée être étendue puisque l'adhérent a désormais à sa disposition un ensemble de règles qui couvre toutes les situations de déséquilibre dont il pourrait souffrir. L'option accordée au justiciable de choisir entre telle ou telle règle de droit suivant sa situation va dans son intérêt car elle lui fait bénéficier d'une protection plus large. L'insertion, dans le droit commun, d'un régime particulier au contrat d'adhésion garantit la réalisation optimale de l'articulation des droits, et ce à l'avantage de l'adhérent-justiciable.

*

*

*

Conclusion de la Partie 2 :

514. L'insertion de la définition du contrat d'adhésion et de son régime au sein du droit positif renforce le lien de corrélation existant entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle pour le rendre indissoluble. En effet, l'encadrement législatif de la notion consolide le principe de justice contractuelle grâce à des dispositions qui concrétisent la réalisation dudit principe. Le contrat d'adhésion structurellement déséquilibré a le potentiel de voir son contenu être également grevé d'un déséquilibre dès lors que la partie forte aura abusé de son pouvoir. Si tel devait être le cas, les droits communs français et québécois des contrats offrent désormais des outils dont l'objectif principal est de protéger l'intérêt de l'adhérent et de rétablir l'équilibre contractuel. Ces dispositions réalisent le principe de justice contractuelle en contrebalançant le déséquilibre des pouvoirs affectant le contrat d'adhésion. La justice contractuelle n'est plus seulement un principe théorique. Elle se concrétise en pratique à travers la protection du consentement de l'adhérent ou encore la lutte contre les clauses abusives.

L'extension de la justice contractuelle caractérise également l'indissolubilité du lien qui l'unit au contrat d'adhésion. Cette extension résulte de l'articulation qui doit être privilégiée entre le droit commun et les droits spéciaux. Pour parvenir à une meilleure efficacité du principe de justice contractuelle dans l'intérêt de l'adhérent, nous croyons qu'il faut retenir une approche dialogique et complémentaire de l'articulation entre le droit commun et les droits spéciaux. Cette démarche suppose d'abandonner la vision dichotomique encore trop souvent adoptée, notamment en France. Réaffirmer que le droit commun est incomplet mais subsidiaire permet d'apprécier de façon positive la nécessaire articulation entre le régime de droit commun du contrat d'adhésion et les règles des droits spéciaux de la consommation et des pratiques restrictives de concurrence. Or, une telle articulation se fait à l'avantage de l'adhérent qui bénéficie désormais de différentes voies judiciaires entre lesquelles il pourra choisir suivant la situation dans laquelle il se trouve. Grâce à cette couverture, le principe de justice contractuelle en ressort mieux respecté car il ne constitue plus l'apanage des droits spéciaux mais s'exprime plus largement à travers les différentes branches du droit des contrats.

*

*

*

Conclusion générale

515. L'introduction du contrat d'adhésion au sein du Code civil, une fausse bonne idée ? Nous nous sommes appliquée, tout au long de cette étude, à apporter une réponse négative à cette interrogation générale qui sous-tend cette thèse. Pour ce faire, il nous fallait démontrer l'intérêt qu'il y avait pour le contrat d'adhésion, et son régime, à rejoindre les rangs des nouvelles dispositions du droit commun des contrats et mettre en avant l'apport de la notion à la théorie générale du contrat. En tenant pour acquis le constat suivant lequel cette dernière est désormais constituée de deux pôles distincts – le premier encadrant le contrat de gré à gré, le second, le contrat d'adhésion – il nous fallait comprendre et expliquer ce qui constitue l'originalité de cette seconde facette de la théorie générale. Or, cette singularité nous semble résider dans le lien, au premier abord paradoxal, mais logique, qu'entretient la notion de contrat d'adhésion avec le principe de justice contractuelle. Le contrat d'adhésion, structurellement déséquilibré et source potentielle d'un déséquilibre obligationnel, interpelle le principe de justice contractuelle parce qu'il porte justement atteinte à ce principe. Ce dernier va venir contrebalancer les effets néfastes du contrat d'adhésion en tempérant les déséquilibres auquel il peut donner naissance. En conséquence, le contrat d'adhésion invite la justice contractuelle sur le devant de la scène et participe à la consolidation de ce principe aux côtés des bastions du droit des contrats. Longtemps demeurée dans l'ombre des principes élémentaires que sont la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat, la justice contractuelle constitue désormais un principe à part entière du nouveau droit des contrats. Au contact de la notion de contrat d'adhésion, elle entre en concurrence avec les principes classiques du droit des contrats dont elle bouscule les règles du jeu. Il nous fallait alors rechercher comment la notion de contrat d'adhésion permettait un tel enracinement du principe de justice contractuelle. Nous sommes arrivée à la conclusion que ce renforcement était favorisé par le caractère à la fois consubstantiel et indissoluble du lien qui joint le contrat d'adhésion à la justice contractuelle.

516. En retraçant le parcours de la notion de contrat d'adhésion, de sa naissance au sein du discours contractuel à son introduction au sein du droit positif, nous avons pu tout d'abord constater que le lien entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle était

indubitablement consubstantiel. La notion de contrat d'adhésion a toujours évolué en parallèle de la justice contractuelle, et ce depuis sa création. Produit d'un contexte socio-économique déterminant de notre société contemporaine où les rapports contractuels sont théoriquement égaux mais pratiquement déséquilibrés, le contrat d'adhésion est né sous la plume d'un juriste particulièrement sensible à la cause des plus faibles et des plus vulnérables, et profondément convaincu qu'il était temps de réformer le droit des contrats napoléonien pour le mettre au diapason des premières idées solidaristes. Le contrat d'adhésion était devenu le témoin éloquent de la nécessité d'introduire plus de justice contractuelle au sein du droit des contrats. C'est là tout le paradoxe, mais aussi toute la richesse de la notion de contrat d'adhésion : ce dernier a beau être un instrument potentiel de déséquilibre contractuel, il est aussi, à travers les dispositions qui composent son régime, le catalyseur d'une expression plus large de la justice contractuelle et d'une application toujours plus soutenue de ce principe. Parce qu'il est un outil d'exploitation des parties les plus vulnérables par les contractants les plus forts, le contrat d'adhésion mobilise des règles destinées à corriger ce déséquilibre et à réintroduire de la justice dans le rapport contractuel. La lutte contre les clauses abusives et l'interprétation contre le stipulant sont les deux mesures reines destinées à gommer les effets indésirables de ce contrat.

Malgré cette évidence, il a fallu de très nombreuses années pour que la notion de contrat d'adhésion intègre pleinement le discours contractuel, notamment français. En effet, la notion fut tout à la fois crainte, dépréciée, évacuée, au pire, ignorée, au mieux, sous-entendue. Son ascension au titre de catégorie juridique essentielle fut également fortement compromise lorsque l'on connaît les débuts extrêmement difficiles qu'ont connus le contrat d'adhésion et son régime au sein des projets de réforme. Il s'en est fallu de peu pour que la notion de contrat d'adhésion ne soit pas intégrée, ou qu'elle soit intégrée sans régime. De l'autre côté de l'Atlantique, la réception du contrat d'adhésion au sein du droit positif bas-canadien, puis québécois, fut moins critique qu'en France si bien que le contrat d'adhésion fut rapidement reconnu comme le véhicule, peut-être pas principal (souvenons-nous de l'importance de la lésion au Québec), mais au moins essentiel à l'expansion de la justice contractuelle grâce à la volonté constante du législateur, mais aussi des juges et de la doctrine, de compenser un déséquilibre indésirable. Finalement, que nous nous situions dans le droit positif français ou québécois, et malgré les difficultés qu'elle a pu rencontrer,

la notion de contrat d'adhésion, reprise dans une définition légale et accueillie dans des corpus fondamentaux, est sans conteste un élément déterminant de l'organisation de l'ordre contractuel et le stimulateur d'un épanouissement de la justice contractuelle à travers le régime qui l'accompagne. Grâce à cette impulsion, le principe de justice contractuelle a pu embrasser ses différents sens en devenant le promoteur de l'équilibre du contenu obligationnel du contrat.

517. Ce bouleversement est de taille lorsque l'on sait que la justice contractuelle a longtemps été définie comme le principe du droit des contrats permettant de garantir l'équilibre quantitatif du contrat. Cela est révélateur de la perception que l'on avait du contrat qui n'était alors apprécié qu'à titre d'instrument d'échange et pas forcément comme une mise en relation entre deux individus aux pouvoirs inégaux. Sans remettre en cause cette fonction d'échange, le droit des contrats d'aujourd'hui reconnaît l'existence du lien contractuel déséquilibré et l'importance qu'il y a à le corriger. L'introduction de la notion de contrat d'adhésion au sein du nouveau droit des contrats déplace le curseur et élargit la perspective que l'on a du contrat²⁷⁸⁴. Tout en accentuant l'aspect fonctionnel du contrat, le contrat d'adhésion met également en lumière les difficultés qui peuvent ternir le lien contractuel. En ce sens, son régime est constitué d'autant de dispositions créées dans le but de corriger ces déséquilibres. De fait, ce qui pose problème dans un contrat d'adhésion, ce n'est pas tant l'échange des prestations mais les déséquilibres qui grèvent la relation contractuelle. L'accent n'est donc plus mis sur ledit échange mais sur les droits et obligations qui composent le lien contractuel. Si justesse il doit y avoir, ce n'est plus dans le rapport entre les prestations mais dans la relation entre les personnes. Partant, la justice contractuelle devient aujourd'hui un principe permettant de contrôler l'équilibre normatif du contrat d'adhésion et de sanctionner, le cas échéant, les abus de pouvoirs commis par la partie forte au contrat. Dès lors, la justice contractuelle remplit désormais un objectif de protection et non plus seulement de profit.

518. En décortiquant la définition du contrat d'adhésion et en sondant les répercussions tant théoriques que pratiques de son régime, nous sommes parvenue ensuite à vérifier que le lien entre le contrat d'adhésion et la justice contractuelle était désormais indissoluble.

²⁷⁸⁴ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 294 et s.

Intégrée seule, ou avec un régime incomplet, la notion de contrat d'adhésion aurait été une coquille vide, une tentative avortée d'asseoir un principe de justice contractuelle qui aurait alors été boiteux. Accueillie avec son régime, elle devient une notion opérationnelle prête à injecter, en pratique, plus de justice contractuelle. Grâce à des dispositions répondant aux traits saillants de sa définition, le régime du contrat d'adhésion cherche à protéger les parties les plus vulnérables. Au nom de la justice contractuelle, ce régime, qu'il soit français ou québécois, appelle à remettre en cause des présomptions que l'on tenait alors pour irréfragables. Il invite à revisiter le rôle du juge et pousse ce dernier à plus d'audace en l'intimant d'embrasser les pouvoirs qui lui sont confiés. Il désacralise le temple jusqu'alors imprenable – en droit commun des contrats – du contenu contractuel censé être l'œuvre inviolable des parties.

La justice contractuelle est rendue d'autant plus incontournable que le contrat d'adhésion a été inséré dans le droit commun des contrats. Si tant est que nous acceptions de nous ouvrir à une approche plus dialogique et consensuelle du droit commun et de son articulation avec les droits spéciaux en nous inspirant, dans une certaine mesure, de l'approche adoptée par les civilistes québécois, il est possible d'apprécier justement l'opportunité qu'il y avait à insérer la notion de contrat d'adhésion et son régime au sein du Code civil. De fait, la protection des parties vulnérables n'en est que plus grande et la couverture, universelle. A partir du moment où ils souffrent une vulnérabilité en raison de la conclusion d'un contrat d'adhésion, tous les contractants, quels qu'ils soient, sont couverts non seulement par les droits spéciaux mais également par le droit commun. Ce dernier, de par sa vocation subsidiaire, comble les vides juridiques et intervient lorsque les règles des droits spéciaux ne peuvent être appliquées. Si, au contraire, la situation dans laquelle se trouve la partie vulnérable est à la fois encadrée par les droits spéciaux et le droit commun, cette dernière aura finalement l'avantage de posséder différentes voies de recours. En plus de bénéficier d'un épanouissement de son sens, la justice contractuelle connaît aussi une extension de ses effets. Elle irrigue désormais tout le droit des contrats, des règles du droit commun aux dispositions des droits spéciaux de la consommation et des pratiques restrictives de concurrence.

519. Une interrogation en appelle, cependant, une autre. Comme nous venons de le voir, le lien qui unit le contrat d'adhésion à la justice contractuelle est sans conteste consubstantiel

et assurément indissoluble. Est-il pour autant exclusif ? Le contrat d'adhésion, à travers les dispositions qui composent son régime, a-t-il le monopole de l'épanouissement et de l'extension de la justice contractuelle ? Cette dernière a-t-elle vocation à être cantonnée au seul contrat d'adhésion ? Nous souhaiterions répondre par l'affirmative tout en y apportant une nuance. Le principe de justice contractuelle n'a évidemment pas vocation à voir son application être limitée au seul contrat d'adhésion. La justice contractuelle mérite de rayonner dans tous les contrats, qu'ils soient négociés ou pas. Cependant, cette expression ne doit pas se faire dans les mêmes termes. Notre démonstration de thèse nous a amenée à comprendre que la qualification de contrat d'adhésion mobilisait certaines facettes de la justice contractuelle qui n'ont pas lieu de s'appliquer dans le cadre d'un contrat de gré à gré. Comme nous l'avons rappelé, juxtaposé à la notion de contrat d'adhésion, le principe de justice contractuelle s'émancipe de son rôle traditionnel de garant de l'équivalence des prestations pour embrasser son rôle de promoteur de l'équilibre du contenu du contrat qui est, en tout état de cause, perdu dans le contrat d'adhésion. Certes, l'on pourrait nous objecter que l'équilibre du contenu du contrat est susceptible de subir un déséquilibre tout aussi grave dans une relation négociée. De fait, le déséquilibre n'est pas l'apanage du contrat d'adhésion mais peut très bien grever un contrat de gré à gré. L'égalité des parties existe en droit, jamais totalement en fait, et ce quelque soit le contrat conclu.

520. Cela étant dit, nos travaux de recherche nous ont conduit à saisir les subtilités du déséquilibre inhérent au contrat d'adhésion. Si ce dernier n'est que la source potentielle d'un déséquilibre obligationnel, il demeure un contrat déséquilibré dans sa structure. Or, ce déséquilibre est flagrant, et s'il venait à conduire à un abus, ce dernier serait tout aussi criant. Le déséquilibre obligationnel du contrat d'adhésion est patent car il est voulu par la partie forte au contrat et, par conséquent, est présent dès le départ. Si un contrat de gré à gré venait à connaître un déséquilibre de son contenu, ce dernier ne serait pas comparable au déséquilibre du contrat d'adhésion. Partant du principe que le contrat de gré à gré aura bel et bien été négocié par les parties, que ses termes auront été discutés en détails par les cocontractants, que chacun d'entre eux aura pu défendre au mieux ses intérêts et retirer un avantage qu'il aura jugé suffisant, nous pouvons raisonnablement penser que le déséquilibre, s'il n'a pas été prévu, aura encore moins été voulu. Toutefois, nous avons conscience que la pratique n'est pas le reflet fidèle de la théorie si bien qu'il nous faut

nuancer cette affirmation. Plusieurs cas de figure peuvent être envisagés. Si jamais un déséquilibre totalement imprévu survenait au cours de l'exécution du contrat, il s'agirait vraisemblablement d'un bouleversement des circonstances qui entourent la mise en œuvre du contrat. Dans ce cas, le régime du contrat de gré à gré prévoit désormais la possibilité pour les parties de renégocier leur contrat pour cause d'imprévision. Si, au contraire, le contrat, tout en ayant été négocié, laisse apparaître un déséquilibre au moment de sa formation, le régime classique du contrat dispose, là encore, de ressources suffisantes pour contrer ce déséquilibre. Nous pensons, par exemple, à la théorie des vices du consentement, et plus particulièrement au vice de violence si le contrat venait à être négocié sous la contrainte. L'erreur et le dol peuvent également protéger le consentement d'une partie qui n'aurait pas apprécié l'existence ou mesuré avec exactitude le déséquilibre créé par une clause lésionnaire, par exemple. La théorie des vices du consentement peut pallier l'absence de sanction de la lésion. Nous pensons également à la lutte contre les clauses qui porteraient atteinte à l'économie générale du contrat, à sa cohérence et son essence. Nous songeons aussi au principe de bonne foi qui viendrait sanctionner le comportement de mauvaise foi d'une partie souhaitant intentionnellement créer un déséquilibre. L'on peut donc constater que le contrat de gré à gré mobilise des règles qui font tout autant appelle à la justice contractuelle sans toutefois solliciter les mêmes paramètres que dans le contrat d'adhésion. Le principe de justice contractuelle n'a pas ici vocation à protéger une partie vulnérable, ni à sanctionner l'abus volontaire de la partie forte. Il a plutôt pour objectif de restaurer un échange harmonieux.

C'est pourquoi nous avons pu estimer raisonnable et cohérente la décision du législateur français, mais aussi québécois, de limiter la règle permettant de lutter contre les clauses abusives au contrat d'adhésion²⁷⁸⁵. Il aurait été peu judicieux de l'étendre au contrat négocié à moins de renverser totalement la théorie générale du contrat en abandonnant la dualité entre la théorie classique et la théorie du contrat d'adhésion. Il aurait alors fallu repenser le droit des contrats dans son entier à travers le prisme global du déséquilibre qui aurait été traqué indifféremment dans tous les contrats. Or, ce n'est pas le choix fait par le législateur français (ni par le législateur québécois) qui a préféré conserver la théorie classique du contrat en la contrebalançant d'une autre théorie et en l'agrémentant de

²⁷⁸⁵ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 204, 324 et 415.

nouvelles règles. Tout en lui donnant une coloration plus sociale, l'objectif poursuivi par ces règles se différencie, néanmoins, de celui visé par les dispositions qui composent le régime du contrat d'adhésion. Tandis que les secondes pallient une volonté inexistante, ou du moins limitée, les premières corrigent une volonté blessée. Finalement, c'est parce que le contrat est d'adhésion qu'il fait l'objet d'un contrôle particulier plus poussé. C'est parce qu'il nécessite un tel encadrement qu'il est assorti d'un régime idoine. Et c'est parce que ce régime lui est propre qu'il mobilise un principe de justice contractuelle revisité. Ainsi, nous pouvons penser que le lien entre contrat d'adhésion et justice contractuelle est exclusif dans l'unique mesure où cette dernière ouvre des perspectives nouvelles qui s'éloignent de celle adoptées par la théorie classique du contrat en raison de leur objectif spécifique de protection de la partie vulnérable et de rétablissement d'un équilibre contractuel perdu.

521. Trois années ont passé depuis la promulgation de la loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2016²⁷⁸⁶. L'évolution maintenant achevée, et le phénomène « acquis et accompli »²⁷⁸⁷, il s'agit désormais d'assimiler le nouveau droit des contrats, d'intérioriser les objectifs de la réforme et de faire rayonner ses dispositions. Un lourd travail d'interprétation, exégétique²⁷⁸⁸ ou autre²⁷⁸⁹, déjà largement entamé par la doctrine civiliste, attend une figure incontournable de la mise en œuvre du nouveau droit des contrats, un acteur plusieurs fois mentionné au fil de cette thèse : le juge. En France, depuis la réforme du droit des contrats, le juge n'est plus perçu comme la simple bouche de la loi mais se voit confier le rôle d'auteur et de coauteur de la nouvelle législation contractuelle²⁷⁹⁰. Standards, abus de dépendance, imprévision, remèdes à l'inexécution du contrat, interprétation : autant d'outils insérés par le législateur de 2016 qui attestent d'un renforcement du rôle du juge au

²⁷⁸⁶ L. n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁷⁸⁷ **MESTRE (J.)**. « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris : PUF, 1986, p. 42 : l'auteur affirmait, en 1986, que la modification majeure du droit des contrats était déjà acquise. Or, nous pouvons soutenir qu'elle n'en était qu'à ses balbutiements et que le point culminant de cette évolution est la réforme du droit des contrats de 2016.

²⁷⁸⁸ **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyses des principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016*, Paris : LexisNexis, 2016, p. 75 ; **GENICON (T.)**. « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC*, déc. 2016, n° 4, p. 759, n° 18.

²⁷⁸⁹ **LATINA (M.)**. « Rapport introductif : physiologie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2017, p. 11, n° 24.

²⁷⁹⁰ **MAZEAUD (D.)**. « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 353 et s. ; **MAZEAUD (D.)**. « Rapport conclusif », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, *op. cit.*, p. 117 et s.

sein du droit des contrats²⁷⁹¹. Ce constat général se vérifie lorsque l'on étudie plus particulièrement les dispositions relatives au contrat d'adhésion et à son régime. En premier lieu, et comme nous l'avons précédemment évoqué, la définition ratifiée par le législateur en 2018 n'est pas sans soulever des ambiguïtés et des interrogations que le juge va être appelé à résoudre. En second lieu, ce dernier aura également pour mission de déterminer le champ d'application du régime du contrat d'adhésion en articulant les dispositions de droit commun avec celles du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence. Dans un contexte de réhabilitation de l'image d'un juge de confiance auprès de citoyens défiant²⁷⁹², le pouvoir de modération, voire de modulation, du juge en matière de droit des contrats, c'est-à-dire sa faculté à non seulement atténuer une règle de droit ou à diminuer ses conséquences préjudiciables, mais à aggraver ou à augmenter son champ d'application ou sa portée²⁷⁹³, se concrétise pleinement²⁷⁹⁴. Cependant, cette promotion n'est pas sans raviver l'inquiétude sourde et latente, voire même lancinante, du « gouvernement des juges »²⁷⁹⁵. Jusqu'où serait-on prêt à lui accorder notre confiance ? Comment le juge va-t-il naviguer parmi des dispositions inspirées d'objectifs très différents ? Jusqu'où va-t-il aller dans l'usage de ses nouvelles prérogatives ? Quel rôle la Cour de cassation acceptera-t-elle de remplir ? Ne faut-il pas craindre son arbitraire ? Ces interrogations, « culturelles et éternelles »²⁷⁹⁶, doivent être dépassées, ou à tout le moins

²⁷⁹¹ **BLANC (N.)**. « Le juge et les standards juridiques », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 394 ; **ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.)**. « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 384 ; **FENOUILLET (D.)**. « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 358 ; **MEKKI (M.)**. « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 400 ; **RENET (T.)**. « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 373.

²⁷⁹² Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 14 avril 2021. Disponible sur < <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000043370376/?detailType=CONTENU&detailId=1> >.

²⁷⁹³ **LAFAY (F.)**. *La modulation du droit par le juge : étude de droit privé et sciences criminelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2006, p. 40 et s., spéc. p. 42, n° 47.

²⁷⁹⁴ **ANCEL (F.)**. « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.*, mars 2017, n° 13, p. 721.

²⁷⁹⁵ **BECHILLON (D. de)**. « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, mars 2002, n° 2, p. 973 ; **LAFAY (F.)**. *Ibid.*, p. 42-43, n° 49 ; **MALLET-BRICOUT (B.)**. « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *art. préc.*, p. 470.

²⁷⁹⁶ **MAZEAUD (D.)**. « Observations finales », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 89, n° 13.

écartées, lorsqu'il s'agit d'envisager l'application des dispositions du nouveau droit des contrats²⁷⁹⁷, et plus particulièrement celles du contrat d'adhésion et de son régime²⁷⁹⁸.

522. Il va sans dire que l'interprétation faite par les magistrats dans les mois et années à venir sera déterminante de la portée de la notion de contrat d'adhésion et des retombées de son régime. Pour s'aider dans sa tâche, le magistrat français pourra se laisser guider par l'expérience québécoise et s'inspirer des solutions rendues par ses homologues d'outre-Atlantique. Bien qu'il soit en proie à ses propres interrogations entourant l'office du juge et alimentant le débat sur l'accès à la justice²⁷⁹⁹, le droit québécois du contrat d'adhésion nous offre un enseignement majeur : il nous invite à faire confiance au juge. La protection de l'adhérent ne deviendra réalité que si l'on permet au juge d'embrasser les différentes facettes de son office qui s'offrent à lui. Cette confiance suppose d'accueillir une part d'« incertitudes judiciaires »²⁸⁰⁰, qui est inévitable. Les décisions que les juges seront amenés à rendre dans l'application de la notion de contrat d'adhésion et de son régime dépendront de plusieurs facteurs qui, tout à la fois, leur échapperont et seront attachés à leur office. Les circonstances du procès, les faits de l'espèce, les parties en cause seront autant de données qui ne relèveront pas du contrôle du juge. Cependant, ce dernier déterminera le

²⁷⁹⁷ **CABARRUS (C. de), DESHAYES (O.)**. « L'office du juge et le contrat », *D.*, juill. 2021, n° 23, p. 1245 ; **GALLET (J.-L.)**. « Méthode législative et objectifs : la lecture du Conseil d'Etat », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 27-28 ; **GENICON (T.)**. « Conjurer la “faiblesse obligatoire” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *art. préc.*, p. 13, n° 4 ; **MATHEY (N.)**. « Note préparatoire pour le tricentenaire du Code civil », *Contrats, conc., consom.*, juin 2014, n° 6, p. 1.

²⁷⁹⁸ **CHENEDE (F.)**. « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *art. préc.*, p. 75 ; **GENICON (T.)**. *Ibid.*, p. 14-15, n° 12 ; **LEVENEUR (L.)**. « Quelle place pour la liberté contractuelle ? Quelle place pour l'unilatéralisme ? », *art. préc.*, p. 21 ; **PEGLION-ZIKA (C.-M.)**. « Un défi pour le droit des contrats : les qualifications contractuelles incertaines », *art. préc.*, p. 23, n° 3 ; **MAZEAUD (D.)**. « Rapport conclusif », *art. préc.*, p. 118, n°s 19-20.

²⁷⁹⁹ Lors du dernier colloque organisé par la Fondation Claude Masse à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Loi sur la protection du consommateur, et durant son cycle de conférences consacrées aux grandes décisions du droit de la consommation, les différents conférenciers se sont interrogés sur l'utilité des formulaires et autres mentions obligatoires devant être automatiquement insérés dans le contrat alors que, de fait, le consommateur ne lit pas le contrat auquel il adhère. Qui plus est, ces mentions ou formulaires sont bien souvent illisibles ou incompréhensibles sans que cela ne soit sanctionné d'aucune manière que ce soit. Se peut-il que le juge puisse voir son office évoluer en appréciant le caractère lisible et intelligible de ces mentions ? Pourrait-il devenir le garant d'un meilleur respect des dispositions du droit de la consommation ? Ce même jour, les intervenants se sont également penchés sur la question de l'action collective qui rencontre beaucoup de turbulences. Destinée à faciliter l'accès à un système judiciaire complexe et dispendieux, l'action collective québécoise subit la concurrence des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats d'adhésion (certaines provinces, telle la Saskatchewan et l'Alberta, ont légiféré en la matière pour donner préséance à l'action collective et évincer les clauses d'arbitrage qui porteraient atteinte au droit d'accès à la justice pour les adhérents) et l'influence des législations de provinces voisines qui, tout en revendiquant plus de souplesse et une meilleure protection des consommateurs, ne facilitent pas la tâche des justiciables en fixant des standards de preuve à respecter et des frais plutôt onéreux (c'est notamment le cas en Ontario). Les auteurs de doctrine s'inquiètent donc du devenir de cette voie judiciaire censée être un vecteur essentiel de l'accès à la justice pour l'adhérent, aussi bien consommateur que petites entreprises.

²⁸⁰⁰ **LEBEL (L.)**. « Incertitudes contractuelles – incertitudes judiciaires », *5^e conférence Albert Mayrand*, 2004, p. 18 et s.

raisonnement qu'il choisira d'adopter, l'argumentation qu'il souhaitera étayer et il sera animé par des valeurs subjectives et circonstanciées qui découleront de sa formation et de son expérience²⁸⁰¹. Le contrat d'adhésion, d'abord, et le contrat, ensuite, s'en trouveront forcément changés, car si le juge assume la mission qui lui est confiée par le législateur, l'usage de ses prérogatives aura très certainement une influence sur notre conception du droit des contrats, et l'acte que l'on croyait prévisible ne le sera plus forcément. Alors, c'est la théorie du contrat qui s'en trouverait entièrement bouleversée. N'avons-nous pas alerté le lecteur en soulignant, dès l'introduction, que le contrat d'adhésion était le catalyseur d'un changement de paradigme ? Qu'il était, peut-être, la première étape vers un renouvellement plus profond, attendu ou non, de la théorie du contrat ? Comme le disait le professeur Legrand : le droit des contrats et ses notions ne seraient que des « coquilles vides »²⁸⁰² si leur contenu n'avait pas vocation à être rempli par le juge. En ce sens, le droit des contrats est un « droit qui se fait » et c'est le juge qui en est, entre autres, le fabricant²⁸⁰³. Reste à savoir jusqu'où les magistrats français seront prêts à aller dans l'application du régime du contrat d'adhésion et l'impact que cela aura, plus tard, sur le contrat et son droit. Car, « qu'on le veuille ou non, c'est souvent le juge qui a le dernier mot »²⁸⁰⁴.

²⁸⁰¹ **LEBEL (L.)**. « Incertitudes contractuelles – incertitudes judiciaires », *art. préc.*, p. 21.

²⁸⁰² **LEGRAND jr (P.)**. « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », *art. préc.*, p. 140.

²⁸⁰³ *Ibid.*

²⁸⁰⁴ **MAZEAUD (D.)**. « La place du juge en droit des contrats », *art. préc.*, p. 357, n° 32.

Bibliographie

- **Bibliographie française**

- **Ouvrages généraux :**

AUBRY (C.), RAU (C.) :

- *Cours de droit civil français*, t. 2, Strasbourg : Lagier, 1839, 584 p. ;
- *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, t. 3, 3^e éd., Paris : Cosse, 1856, 566 p. ;
- *Droit civil français, Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, t. 4, 5^e éd., Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1902, 604 p. ;
- *Droit civil français, Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, t. 4, 6^e éd., Paris : Marchal & Billard, 1942, 493 p.

ACOLLAS (E.). *Manuel de droit civil : commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, 2^e éd., Paris : Germer-Baillière, 1874, 981 p.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.) :

- *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. 1, Paris : Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, et du Journal du Palais, 1897, 682 p. ;
- *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. 1, 3^e éd., Paris : Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, 799 p.

BENABENT (A.). *Droit des obligations*, 19^e éd., Coll. Domat, Paris : LGDJ, 2021, 762 p.

BERGEL (J.-L.). *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2012, 399 p.

BEUDANT (R.), LEREBOUR-PIGEONNIERE (P.). *Cours de droit civil français, t. 8 : les contrats et les obligations*, 2^e éd., Paris : Rousseau, 1936, 698 p.

BOYER (L.). « Contrats et conventions », *Rép. civ. Dalloz*, août 1993 (actualisation avril 2015).

BREGI (J.-F.). *Droit romain : les obligations*, Coll. Universités Droit, Paris : Ellipses, 2006, 310 p.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.). *Droit civil : les obligations*, Coll. Sirey, 14^e éd., Paris : Dalloz, 2014, 1077 p.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.). *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Paris : Dalloz, 2008, 941 p.

CARBONNIER (J.). *Droit civil, t. 1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1955, 1496 p.

COLIN (A.), CAPITANT (H.). *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10^e éd., Paris : Dalloz, 1948, 1252 p.

CONSTANTINESCO (L.-J.) :

- *Traité de droit comparé, t. 1 : introduction au droit comparé*, Paris : LGDJ, 1972, 243 p. ;
- *Traité de droit comparé, t. 2 : la méthode comparative*, Paris : LGDJ, 1974, 412 p.

DAVID (R.). *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris : LGDJ, 1950, 556 p.

DEMANTE (A.-M.). *Cours analytique de Code civil*, t. 5, Paris : Plon & Cie, 1883, 668 p.

DEMOGUE (R.) :

- *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris : Rousseau, 1923, 695 p. ;
- *Traité des obligations en général*, t. 2, Paris : Rousseau, 1923, 969 p. ;
- *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris : Rousseau, 1923, 756 p.

DEMOLOMBE (C.). *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Cours de Code Napoléon*, t. 24, Paris : Lahure, 1878-1887, 672 p.

DURANTON (A.) :

- *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil*, t. 1, Paris : Nève, Rondonneau & Dècle, Garnery et Leloir, 1819, 527 p. ;
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 11, 4^e éd., Paris : Thorel et Guilbert, 1830, 588 p.

FABRE-MAGNAN (M.). *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., Coll. Thémis, Paris : PUF, 2021, 904 p.

FAGES (B.). *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris : LGDJ, 2021, 592 p.

GAUDEMET (E.). *Théorie générale des obligations*, Coll. Bibl. Dalloz, Paris : Dalloz, 2004, 508 p.

GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.). *Droit privé romain*, Coll. Domat droit privé, 3^e éd., Paris : Montchrestien, 2009, 430 p.

GHESTIN (J.), BARBIER (H.). *Introduction générale*, Coll. Traité de droit civil, GHESTIN (J.) (dir.), 5^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 958 p.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.). *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, GHESTIN (J.) (dir.), 3^e éd., Paris : LGDJ, 2001, 1340 p.

GIRARD (P.-F.). *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2003, 1223 p.

HUC (T.). *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris : Pichon, 1894, 530 p.

JOSSERAND (L.). *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3^e éd., Paris : Sirey, 1939, 1215 p.

LAROMBIERE (M.-L.). *Théorie et pratique des obligations ou commentaires des titres III et IV, Livre III du Code Napoléon*, t. 1, Paris : Durand, 1857, 783 p.

LARROUMET (C.), BROS (S.) :

- *Droit civil : les obligations, le contrat*, t. 3, in *Traité de droit civil*, LARROUMET (C.) (dir.), Coll. Corpus droit privé, MOLFESSIS (N.) (dir.), 7^e éd., Paris : Economica, 2014, 1017 p. ;
- *Les obligations : le contrat*, t. III, in *Traité de droit civil*, LARROUMET (C.) (dir.), Coll. Corpus droit privé, MOLFESSIS (N.) (dir.), 10^e éd., Paris : Economica, 2021, 918 p.

LATINA (M.). « Contrats (généralités) », *Rép. civ. Dalloz*, déc. 2013 (actualisation juin 2016).

LAURENT (F.). *Principes de droit civil*, t. 16, Bruxelles : Bruylant, Paris : Durand & Lauriel, 1875, 610 p.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.). *Droit des obligations*, Coll. Droit civil, MALAUURIE (P.), AYNES (L.) (dir.), 11^e éd., Paris : LGDJ, 2020, 895 p.

MARCADE (V.), PONT (P.). *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 7^e éd., Paris : Delamotte & Fils, 1873, 715 p.

MAZEAUD (H.), (L.), (J.), CHABAS (F.) :

- *Leçons de droit civil : les obligations-théorie générale*, t. 2, vol. 1, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 1998, 1353 p. ;

- *Leçons de droit civil : introduction à l'étude du droit*, vol. 1, t. 1, Paris : Montchrestien, 2000, 650 p.

PLANIOL (M.) :

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris : Cotillon, 1900, 1056 p. ;

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 3^e éd., Paris : LGDJ, 1947, 1324 p.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.). *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, Paris : LGDJ, 1930, 1003 p.

POTHIER (R.-J.). *Traité des obligations*, préf. HALPERIN (J.-L.), Paris : Dalloz, rééd. 2011 (1821), 469 p.

SACCO (R.). *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Coll. Etudes jur. comp., Paris : Economica, 1991, 175 p.

SERIAUX (A.). *Droit des obligations*, 2^e éd., Coll. Droit fondamental, Paris : PUF, 1998, 779 p.

TOULLIER (C.-B.-M.). *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, 5^e éd., Paris : Renouard, 1840-1849, 884 p.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.). *Cours de droit civil, Contrats : Théorie générale – quasi-contrats*, Coll. Droit fondamental, Paris : PUF, 2014, 477 p.

ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.). *An introduction to comparative law*, 3rd ed., Oxford : Clarendon press, 2011, 714 p.

○ **Monographies, ouvrages spéciaux et thèses :**

Association H. Capitant, Les droits de tradition civiliste en question : A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, vol. 1, Société de législation comparée : Paris, 2006, 143 p.

Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, CATALA (P.) (dir.), Paris : La Documentation française, 2006, 208 p.

Le Centenaire du Code civil : 1804-1904, Paris : Impr. nationale, 1904, 83 p.

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), 12^e éd., Paris : Dalloz, 941 p.

Pour une réforme du droit des contrats, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, 310 p.

ALBIGES (C.) :

- *De l'équité en droit privé*, préf. CABRILLAC (R.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, 383 p.

- « Equité », *Rép. civ. Dalloz*, oct. 2017.
- AMIEL-COSME (L.)**. *Les réseaux de distribution*, préf. GUYON (Y.). Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1995, 404 p.
- ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.)**. *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris : Dalloz, 2017, 255 p.
- ARISTOTE**. *Sur la justice, Ethique à Nicomaque, Livre V*, Paris : Flammarion, 2008, 126 p.
- ARNAUD (A.-J.)**. *Les origines doctrinales du Code civil français*, préf. VILLEY (M.), Coll. Biblio. philo. du droit, Paris : LGDJ, 1969, 326 p.
- ATIAS (C.)**. *Théorie contre arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 1987, 224 p.
- BALAT (N.)**. *Essai sur le droit commun*, préf. GRIMALDI (M.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, 575 p.
- BALIAN (S.)**. *La définition dans la loi : essai de linguistique juridique*, Paris : La maison du dictionnaire, 2014, 295 p.
- BARBAUD (M.-O.)**. *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Biblio. de droit privé, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, 541 p.
- BATIFFOL (H.)**. *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, 519 p.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), VIRASSAMY (G.)**. *Les contrats de la distribution*, in *Traité des contrats*, GHESTIN (J.) (dir.), Paris : LGDJ, 1999, 938 p.
- BERLIOZ (G.)**. *Le contrat d'adhésion*, préf. GOLDMAN (B.), Paris : LGDJ, 1973, 204 p.
- BERTHIAU (D.)**. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX (J.-L.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1999, 475 p.
- BESSIS (P.)**. *Le contrat de franchise*, Coll. Droit des affaires, Paris : LGDJ, 1990, 159 p.
- BOURGEOIS (L.)**. *Solidarité*, 5^e éd., Paris : Armand Colin, 1906, 253 p.
- BRAUDEL (F.), LABROUSSE (E.) :**
 - *Histoire économique et sociale de la France : 1789-1880*, t. 3, Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1993, 1089 p. ;
 - *Histoire économique et sociale de la France : 1880-1950*, t. 4 (1-2), Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1993, 971 p.
- BRICKS (H.)**. *Les clauses abusives*, préf. CALAIS-AULOY (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1982, 286 p.
- CARBONNIER (J.) :**
 - *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris : Defrénois, 1995, 336 p. ;
 - *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Coll. Forum, Paris : Flammarion, 1996, 276 p. ;
 - *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., Paris : LGDJ, 1998, 447 p.
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.)**. *Le solidarisme contractuel*, préf. LOQUIN (E.), Paris : LexisNexis, 2006, 741 p.
- CHAGNY (M.) :**
 - *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Nouvelle biblio. des thèses, Paris : Dalloz, 2004, 1108 p. ;

- *Le Lamy droit économique* 2018.

CHANTEPIE (G.). *La lésion*, préf. VINEY (G.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2006, 579 p.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) :

- *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris : Dalloz, 2016, 1093 p. ;
- *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, 1143 p.

CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.). *Approche critique de la contractualisation*, Coll. Droit & Société Paris : LGDJ, 2007, 222 p.

CHAUDOUET (S.). *Le déséquilibre significatif*, préf. FERRIER (N.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2021, 863 p.

CHAZAL (J.-P.). *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996, 638 p.

CHENEDE (F.). *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidation – innovations – perspectives*, Paris : Dalloz, 2016, 426 p.

CHONE (A.-S.). *Les abus de domination : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Recherches juridiques, Paris : Economica, 2010, 444 p.

COLOMBAN (F.). *L'excès de pouvoir contractuel*, th. Lyon, 1935, 132 p.

DARMAISIN (S.). *Le contrat moral*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, 537 p.

DEMOGUE (R.). *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : Ed. La Mémoire du droit, 2001, 681 p.

DEREUX (G.). *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris : LNDJ, 1905, 491 p.

DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.) :

- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Paris : LexisNexis, 2016, 945 p. ;
- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2018, 1080 p.

DISSAUX (N.). « Franchise », *Rép. com. Dalloz*, mars 2019.

DISSAUX (N.), JAMIN (C.) :

- *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Paris : Dalloz, 2015, 271 p. ;
- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaires des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Paris : Dalloz, 2016, 274 p.

DOLLAT (J.). *Les contrats d'adhésion*, Paris : Sirey, 1905, 175 p.

DOMERGUE (M.). *Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, th. Toulouse, 1935, 371 p.

DUGUIT (L.) :

- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris : Ed. La Mémoire du Droit, 1999, 206 p. ;
- *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris : Dalloz, 2003, 623 p.

DURKHEIM (E.). *De la division du travail social*, Coll. Quadrige, Paris : PUF, 2013, 420 p.

FARJAT (G.). *Pour un droit économique*, Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 2004, 209 p.

FENET (P.-A.) :

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Osnäbruck : Otto Zeller, 1968, 390 p. ;
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Osnäbruck : Otto Zeller, 1968, 832 p.

FIN-LANGER (L.). *L'équilibre contractuel*, préf. THIBIERGE (C.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2002, 651 p.

FORRAY (V.). *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. PIGNARRE (G.), Paris : LGDJ, 2007, 654 p.

FORTIER (G.). *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, th. Dijon, 1909, 200 p.

FOUCAULT (M.). *L'archéologie du savoir*, Coll. Biblio. des sciences humaines, Paris : Gallimard, 1969, 275 p.

FOUILLEE (A.) :

- *La propriété sociale et la démocratie*, Paris : Hachette, 1884, 294 p. ;
- *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris : Hachette, 1885, 424 p. ;
- *Le socialisme et la sociologie réformiste*, 4^e éd., Paris : Alcan, 1930, 419 p.

GALBOIS-LEHALLE (D.). *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, préf. LEQUETTE (Y.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2020, 603 p.

GAUDEMET (E.). *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris : La Mémoire du Droit, 2002, 207 p.

GOLDIE-GENICON (C.). *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. LEQUETTE (Y.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2009, 674 p.

GOUNOT (E.). *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris : Rousseau, 1912, 470 p.

GOYARD-FABRE (S.). *La philosophie du droit selon Montesquieu*, Paris : Librairie C. Klincksieck, 1973, 438 p.

GRYNBAUM (L.). *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, préf. GOBERT (M.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, 404 p.

GUERLIN (G.). *L'attente légitime du contractant*, thèse Picardie-Jules Verne, 2008, 523 p.

GUYAU (A.). *La philosophie et la sociologie d'Alfred Fouillée*, Paris : Alcan, 1913, 242 p.

JACQUES (P.). *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. CHABAS (F.), Coll. Nouvelle biblio. de thèses, Paris : Dalloz, 2005, 1008 p.

JAMIN (C.), AUDREN (F.), BLOQUET (S.). *Lettres de François Gény à Raymond Saleilles, une trajectoire intellectuelle (1892-1912)*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, 697 p.

JESTAZ (P.), JAMIN (C.). *La doctrine*, Coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2004, 314 p.

LABARTHE (F.). *La notion de document contractuel*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1994, 407 p.

- LAFAY (F.).** *La modulation du droit par le juge : étude de droit privé et sciences criminelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2006, 691 p.
- LASBORDES (V.).** *Les contrats déséquilibrés*, préf. SAINT-ALARY HOUIN (C.), Aix-en-Provence : PUAM, 2000, 746 p.
- LE BESCOND DE COATPONT (M.).** *La dépendance des distributeurs*, préf. CHANTEPIE (G.), Coll. des Thèses, Institut de Varenne, 2016, 960 p.
- LE GAC-PECH (S.).** *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. MUIR-WATT (H.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2000, 580 p.
- LEMAY (P.).** *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. CHASSAGNARD-PINET (S.), Coll. Biblio. des thèses, Paris : Mare & Martin, 2014, 567 p.
- LELOUP (J.-M.).** *La franchise : droit et pratique*, Coll. Encyclo. Delmas, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2000, 410 p.
- LE TOURNEAU (P.).** *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Paris : Lexis Nexis, 2007, 323 p.
- LIBCHABER (R.).** *L'ordre juridique et le discours du droit : essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris : LGDJ, 2013, 437 p.
- LIMBACH (F.).** *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. WITZ (C.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2004, 362 p.
- LITTY (O.).** *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1999, 484 p.
- KARIMI (A.).** *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, préf. SIMLER (P.), Coll. Biblio. des thèses, Paris : LGDJ, 2001, 414 p.
- KELSEN (H.).** *Théorie pure du droit*, Coll. Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1962, 496 p.
- KELSEN (H.).** *Qu'est-ce que la justice ?*, préf. LASSERRE (V.), Genève : éd. Markus Haller, 2012, 141 p.
- MAINGUY (D.).** « Conditions générales de vente et contrats-types », *J.Cl. Contr. Distr.*, fasc. 60.
- MARTIN (X.) :**
- *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*, Bouère : DMM, 2003, 510 p. ;
 - *Retour sur un itinéraire : du Code Napoléon au siècle des lumières*, Bouère : DMM, 2010, 333 p.
- MAUSS (M.).** *Sociologie et anthropologie*, 6^e éd., Coll. Quadrige, Paris : PUF, 1995, 482 p.
- MAYEUR (J.-M.).** *Les débuts de la III^e République : 1871-1898*, Coll. Nouvelle histoire de la France contemporaine – 10, Paris : Seuil, 1973, 256 p.
- MAZIERE (P.).** *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. TEYSSIE (B.), Aix-en-Provence : PUAM, 2003, 477 p.
- MISSOL (A.).** *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, th. Lyon, 1934, 220 p.

NEUMAYER (K.). *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Coll. Comparativa, Genève : Librairie Droz, 1999, 543 p.

NIORT (J.-F.). *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code civil français*, préf. HALPERIN (J.-M), Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 931 p.

OPPETIT (B.). *Droit et modernité*, Coll. Doctrine juridique, Paris : PUF, 1998, 299 p.

PAYET (M.-S.). *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. FRISON-ROCHE (M.-A.), Coll. Nouv. biblio. des thèses, Paris : Dalloz, 2001, 513 p.

PEGLION-ZIKA (C.-M.). *La notion de clause abusive : étude de droit de la consommation*, préf. LEVENEUR (L.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2018, 402 p.

PERELMAN (C.). *Droit, morale et philosophie*, préf. VILLEY (M.), 2^e éd., Coll. Biblio. de philo. du droit, vol. VIII, Paris : LGDJ, 1976, 202 p.

PICHON (V.). *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, Lyon : Imprimerie de la « Revue judiciaire », 1912, 204 p.

PICOD (Y.) :

- *Droit de la consommation*, Coll. Sirey, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2015, 464 p. ;
- « Contrats et obligations : effet obligatoire des conventions – exécution de bonne foi des conventions », *Fasc. Unique, JCl. Civil Code Art. 1134 et 1135* (mise à jour : 18 juill. 2016).

PORTALIS (J.-E.-M.). *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen : PUC, 2010, 203 p.

POUGHON (J.-M.). *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. BAUD (J.-P.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1987, 285 p.

RANOUIL (V.). *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. LEVY (J.-P.), Paris : PUF, 1980, 165 p.

RAY (J.). *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926, 296 p.

RIERA (A.). *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, préf. PICOD (Y.), Coll. des thèses, Institut Universitaire Varenne, 2014, 562 p.

RIPERT (G.) :

- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1949, 421 p. ;
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1948, 423 p.

SAINT REMY (R. de). *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion : étude et analyse de jurisprudence*, Paris : Les Presses Modernes, 1928, 252 p.

SALEILLES (R.). *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris : Pichon, 1901, 421 p.

SAVAUX (E.). *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. AUBERT (J.-L.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 1997, 382 p.

SCHMIT (L.-M.). *Les définitions du droit privé*, préf. JULIEN (J.), Toulouse : PUT 1 Capitole, 2017, 706 p.

SEUBE (J.-B.) [et alii]. *Pratiques contractuelles : ce que change la réforme du droit des obligations*, Montrouge : Ed. Législatives, 2016, 366 p.

STOFFEL-MUNCK (P.). *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, préf. BOUT (R.), Coll. Biblio. des thèses, Paris : LGDJ, 2000, 649 p.

SUPIOT (A.). *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Ed. du Seuil, 2005, 333 p.

TOURNEAU (P. le), POUMADERE (M.). « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, janv. 2017.

TUSSEAU (G.). *Les normes d'habilitation*, préf. TROPER (M.), Coll. Nouv. biblio. de thèses, Paris : Dalloz, 2006, 813 p.

VILLEMAIN (J.). *Vendée 1793-1794 : crime de guerre ? crime contre l'humanité ? génocide ? Une étude juridique*, Paris : Ed. du Cerf, 2017, 305 p.

VILLEY (M.). *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, 339 p.

○ **Articles et chroniques :**

ABADIE (L.). « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 75.

ADAM (P.). « Le projet de réforme et le droit contemporain des contrats : reflet ou trompe-l'œil ? », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 59.

ADOM (J. K.). « L'efficacité des clauses limitatives de responsabilité confrontée à la théorie de la cause », *JCP E*, mars 1997, n° 12, comm. 924, p. 49.

ALBIGES (C.). « La place de l'équité en droit de la consommation. Approche française », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 151.

ALES (T. d'), MERVEILLEUX DU VIGNAUX (C.). « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », *JCP E*, oct. 2016, n° 40, étu. 1523, p. 28.

AMARO (R.). « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats, conc., consom.*, août 2014, n°s 8-9, étu. 8, p. 5.

AMIEL (O.). « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la V^e République », *Parlement(s), rev. d'hist. pol.*, 2009/1, n° 11, p. 149.

ANCEL (F.) :

- « Genèse, source, esprit, structure et méthode », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 273 ;
- « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.*, mars 2017, n° 13, p. 721.

ANCEL (M.). « Comment aborder le droit comparé (à propos d'une nouvelle "Introduction au droit comparé") », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 3.

ANCEL (P.) :

- « Article 1142 : violence économique », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 747 ;
- « Evolution, pas révolution », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Varenne, 2016, p. 151 ;
- « Imprévision et bonne foi en droit québécois », *RDC*, sept. 2017, n° 3, p. 546.

ANCEL (P.), BRUN (P.), FORRAY (V.) [et alii]. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G*, nov. 2008, n° 48, I, doctr. 213, p. 18.

ANDREU (L.). « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat*, juin 2018, n° 6, p. 262.

ANDRIEUX (A.). « La codification de la “violence-dépendance” : une confirmation prudente des solutions prétorienne – Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *Petites Affiches*, août 2016, n° 167, p. 6.

ARAGONESES (A.). « Saleilles et les accidents du travail : le droit moderniste face à l'Etat social », in *Raymond Saleilles et au-delà*, AUDREN (F.), CHÊNE (C.), MATHEY (N.), VERGNE (A.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2013, p. 129.

ARNAUD (S.). « Les limites du droit ou l'équation juridique des valeurs sociétales », in *Aux limites du droit*, REGAD (C.) (dir.), Coll. Droit public, Paris : Mare & Martin, 2016, p. 253.

ATIAS (C.) :

- « Définir les définitions juridiques ou définir le droit ? », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1081 ;
- « Restaurer le droit du contrat », *D.*, mars 1998, n° 13, p. 137 ;
- « Le code civil nouveau », *D.*, mai 1999, n° 8, p. 200 ;
- « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Coll. Hist. justice*, 2009, n° 19, p. 107.

AUBERT (J.-L.) :

- « L'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Deffrénois*, nov. 1993, n° 22, p. 1377 ;
- « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 123.

AUBERT DE VINCELLES (C.) :

- « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 113 ;
- « Le processus de conclusion du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 119.

AUDREN (F.). « Le “moment 1900” dans l'histoire de la science juridique française », in *Le “moment 1900” : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, JOUJAN (O.), ZOLLER (E.) (dir.), Paris : éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 55.

AUDREN (F.), CHÊNE (C.), VERGNE (A.). « Introduction : Raymond Saleilles, et au-delà... », in *Raymond Saleilles et au-delà*, AUDREN (F.), CHÊNE (C.), MATHEY (N.), VERGNE (A.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2013, p. 1.

AYNES (A.). « Dispositions préliminaires », *Journ. soc.*, avr. 2014, n° 118, p. 12.

AYNES (L.). « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 40.

BAILLON-PASSE (C.). « Relire Josserand », *D.*, juin 2003, n° 24, p. 1571.

BAILLY (M.). « Défense du programme *Doing Business* », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 29.

BAÏSSUS (J.-M.). « Le droit français, modèle du droit continental ? », in *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, CABRILLAC (R.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2011, p. 11.

BALAT (N.). « Réforme du droit des contrats : et les conflits en droit commun et droit spécial ? », *D.*, mars 2015, n° 12, p. 699.

BARBIER (H.) :

- « Les prescriptions spéciales cernées par une prescription de droit commun conquérante », *RTD civ.*, avr.-juin 2014, n° 2, p. 371 ;
- « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 50 ;
- « Protection du contractant : quand le droit commun n'est pas chassé par le droit spécial, bien au contraire », *RTD civ.*, juin 2015, n° 2, p. 373 ;
- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, juin 2016, n° 2, p. 247 ;
- « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat *via* la sanction des clauses abusives », *RTD civ.*, avr. 2017, n° 2, p. 383.

BARBIER (J.-D.). « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.*, juill. 2016, n° 25, p. 55.

BARBIERI (J.-J.). « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, avr. 2006, n° 2, p. 621.

BARILLON (C.). « “Lu et approuvé” : la nouvelle vie d'une mention tombée en désuétude », *JCP G*, juill. 2017, n° 27, 754, p. 1297.

BATIFFOL (H.). « La “crise du contrat” et sa portée », in *Mélanges Henri Batiffol, choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris : LGDJ, 1976, p. 393.

BAUMGARTNER (F.) :

- « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 668 ;
- « Un défi du droit des contrats : instaurer la confiance contractuelle », *Contrats, conc., consom.*, déc. 2020, n° 12, p. 10.

BAVERREIS (J.). « Le nouveau droit des conditions générales d'affaires », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 2002, vol. 54, n° 4, p. 1013.

BECHILLON (D. de) :

- « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, mars 2002, n° 2, p. 973 ;
- « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP G*, janv. 2016, suppl. n°s 1-2, p. 27.

BELLET (P.). « Le juge et l'équité », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 9.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- « Solidarisme contractuel et contrat de distribution », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 154 ;
- « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *Lamy concurrence*, oct. 2008, n° 17, p. 45 ;

- « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 202 ;
- « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1258 ;
- « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir "une machine à hacher le droit" ? », *Lamy concurrence*, avr. 2010, n° 23, p. 43 ;
- « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 523 ;
- « Le déséquilibre dans le Code civil », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, Paris : LexisNexis, 2016, p.77 ;
- « Le déséquilibre dans le Code civil », *JCP G*, avr. 2016, n° 14, étu. 391, p. 662 ;
- « La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales : à propos de l'arrêt Galec », *JCP G*, mars 2017, n° 10, étu. 255, p. 436 ;
- « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 81 ;

BEIGNIER (B.). « Pour un nouveau code civil », *D.*, avr. 2019, n° 13, p. 713.

BENABENT (A.) :

- « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *Petites Affiches*, mai 1998, n° 54, p. 14 ;
- « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 245 ;
- « Observations conclusives », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 207 ;
- « La réforme du droit des contrats. Rapport de synthèse », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 671 ;
- « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.*, janv. 2016, n° 3, p. 137.

BERGEL (J.-L.) :

- « Typologie des définitions dans le Code civil », *R.R.J.*, 1986-4, p. 31 ;
- « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1119 ;

BERLIOZ (G.). « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G*, juill. 1979, n° 27, I, doct. 2954.

BERNHEIM-DESVAUX (S.). « La clause d'acceptation des conditions générales du contrat », *Contrats, conc., consom.*, nov. 2012, n° 11, form. 10.

BICHERON (F.). « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n°s 119-120, p. 1326.

BIGOT (J.). « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de la preuve et le contrat d'assurance », *JCP G*, juill. 2016, n° 28, doct. 833, p. 1419.

BILLIAU (M.). « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle » in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 119.

BLANC (N.) :

- « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n^{os} 119-120, p. 1306 ;
- « Le juge et les standards juridiques », *RDC*, juin 2016, n^o 2, p. 394 ;
- « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC*, juin 2018, n^o H.-S., p. 20 ;
- « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n^o 2, p. 155 ;

BLANC-JOUVAN (X.). « Rapport introductif », in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, journées franco-italiennes, t. XLIV (44), Paris : Litec, 1993, p. 579.

BOCKEL (J.-M.). « La mise en concurrence des systèmes juridictionnels », *D.*, nov. 2009, n^o 42, p. 2848.

BOFFA (R.) :

- « Juste cause (et injuste clause) », *D.*, fév. 2015, n^o 6, p. 335 ;
- « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n^{os} 119-120, p. 1320 ;
- « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *RDC*, sept. 2015, n^o 3, p. 736.

BOISTEL (A.). « Le Code civil et la philosophie du droit », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (réed.), p. 47.

BORE (J.). « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, janv.-mars 1972, n^o 1, p. 249.

BORGHETTI (J.-S.). « Le juge et les clauses abusives : la vision du droit français », *Petites Affiches*, mars 2018, n^o 65, p. 6.

BORYSEWICZ (M.). « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats : réflexions à propos de la loi n^o 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs et produits et de services », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, p. 91.

BOUDOU (M.). « De l'importance du contrôle du juge judiciaire dans la police des pratiques restrictives : l'équilibre du jugement du 13 octobre 2020 dans le contentieux Subway », *Lamy concurrence*, janv. 2021, n^o 101, p. 33.

BOULANGER (J.). « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. 1, Gent : E. Story-Scientia, 1966, p. 199.

BOUTONNET (M.). « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTD civ.*, mars 2008, n^o 1, p. 1.

BRAIBANT (G.) :

- « Problèmes actuels de la codification française », *Rev. fr. dr. adm.*, juill. 1994, n^o 4, p. 663 ;

- « Codifier : pourquoi ? comment ? », *Rev. fr. adm. pub.*, janv.-mars 1995, n° 73, p. 127 ;
- « Utilité et difficultés de la codification », *Droits*, déc. 1996, n° 24, p. 61 ;
- « Actualité de la codification », *AJDA*, sept. 1997, n° 9, p. 639.

BREGI (J.-F.). « L'égalité dans le droit des obligations, l'exemple de Rome », in *L'Égalité en Droit des obligations*, BREGI (J.-F.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Chemin de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovadia, 2015, p. 11.

BROCHIER (E.), GUILLEMIN (J.-F.), PISANI (C.), TREMEAU (I.). « Table ronde : le regard des professionnels », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 351.

BROS (S.) :

- « Connaissance et acceptation des conditions générales d'un contrat dans les relations d'affaires », *AJ Contrat*, nov. 2014, n° 8, p. 326 ;
- « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 761.

BRUN (P.). « Les projets de réforme du droit français des obligations et l'influence du droit québécois », *R. du B. Can.*, 2008, vol. 88, p. 455.

BRUSORIO AILLAUD (M.). « L'égalité dans les droits sociaux », in *L'Égalité du Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovadia, 2015, p. 95.

BÜRGE (A.). « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, janv.-mars 2000, n° 1, p. 1.

BUY (F.) :

- « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *Petites Affiches*, déc. 2008, n° 252, p. 3 ;
- « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.*, mai 2019, n° 20, p. 1122.

CABARRUS (C. de), DESHAYES (O.). « Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et le contrat », *D.*, juill. 2021, n° 23, p. 1245.

CABRILLAC (R.) :

- « Le nouveau code civil du Québec », *D.*, oct. 1993, n° 37, p. 267 ;
- « Le symbolisme des codes », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz-PUF-Ed. JCl, 1999, p. 211 ;
- « Le Code civil à la fin du XX^e siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 73 ;
- « L'avenir du Code civil », *JCP G*, mars 2004, n° 13, I, doct. 121, p. 547 ;
- « Recodifier », *RTD civ.*, déc. 2001, n° 4 ;
- « Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision-compilation ? », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 25 ;
- « Le projet de réforme du droit des contrats : premières impressions », *JCP G*, oct. 2008, n° 40, I, doct. 190, p. 17 ;

- « Rapport introductif : Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ? », in *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, CABRILLAC (R.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2011, p. 1 ;
- « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 771 ;
- « Des juristes au service de la cité : la genèse du Code civil français », in *Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc : le juriste dans la cité*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, p. 151.

CADIET (L.). « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 177.

CALAIS-AULOY (J.) :

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, juin 1994, n° 2, p. 239 ;
- « Un code, un droit », in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, MOUSSERON (J.-M.) (dir.), Paris : Litec, 1995, p. 13 ;
- « L'attente légitime : une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 171.

CARBONNIER (J.) :

- « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris : PUF, 1986, p. 29 ;
- « Codification », in *Dictionnaire de philosophie politique*, RAYNAUD (P.), RIALS (S.) (dir.), Paris : PUF, 1996, p. 89 ;
- « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, NORA (P.) (dir.), Coll. Biblio. illustrée des Histoires, Paris : Gallimard, 1997, p. 293 ;
- « Le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 17.

CATALA (P.) :

- « Les lois du marché », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 201 ;
- « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1145 ;
- « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.*, fév. 2006, n° 8, p. 535 ;
- « La genèse et le dessein du projet », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 11 ;
- « L'avant-projet de réforme des obligations et le droit des affaires », *RJC*, mai 2007, n° 3, p. 182 ;
- « Des contrats déséquilibrés », in *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, Lexis Nexis : 2010, p. 77.

CAYOL (A.). « Interdiction des clauses réduisant la durée de la garantie de l'assureur : vers un régime juridique propre aux contrats d'adhésion ? », *Petites Affiches*, avr. 2016, n° 69, p. 11.

CAYROL (N.). « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.*, juil.-sept. 2020, n°3, p. 502.

CEDRAS (J.). « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, Paris : La Documentation française, 2003, p. 186.

CERMOLACCE (A.). « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil) », in *La loi : bilan et perspectives*, PUIGELIER (C.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2005, p. 105.

CHAGNY (M.) :

- « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, oct. 2008, n° 42, I, doct. 196, p. 18 ;
- « Observations de Muriel Chagny », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 65 ;
- « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », *RTD com.*, juill.-sept. 2015, n° 3, p. 486 ;
- « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJ Contrat*, mars 2016, n° 3, p. 115 ;
- « Le déséquilibre significatif de nouveau devant la Cour de cassation », *RTD com.*, mai 2016, n° 1, p. 81 ;
- « La refonte du titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », *RTD com.*, n° 2, avr. 2019, p. 353.

CHANTEPIE (G.) :

- « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC*, juill. 2012, n° 3, p. 989 ;
- « Les conflits entre droits particuliers, manifestations d'une dissolution du rapport au droit commun en droit privé ? », in *Les nouvelles échelles de droit commun*, BOUMGHAR (M.), DURAND (V.) (dir.), Coll. Code économique européen, Bruxelles : Larcier, 2013, p. 51 ;
- « La lésion », in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : analyses et propositions*, LATINA (M.), CHANTEPIE (G.) (dir.), Paris : Dalloz, 2015, p. 50 ;
- « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJ Contrat*, mars 2015, n° 3, p. 121 ;
- « Article 1170 : la lésion », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 763 ;
- « L'égalité en droit de la distribution », in *L'Egalité en Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovidia, 2015, p. 137 ;
- « La réforme en pratique : les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA*, mars 2015, n° 3, p. 121 ;
- « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E*, juin 2018, n° 25, p. 50 ;
- « Les virtualités du contrat d'adhésion », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 143 ;
- « Le consentement de l'adhérent », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 140.

CHANTEPIE (G.), DISSAUX (N.). « Rapport introductif », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 572.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) :

- « Réforme du droit des obligations : loi de ratification, saison 2 », *Dalloz actual.*, déc. 2017 ;
- « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.*, fév. 2018, n° 6, p. 309.

CHASSAGNARD-PINET (S.) :

- « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La densification normative : découverte d'un processus*, THIBIERGE (C.) (dir.), Paris : Mare & Martin, 2013, p. 153 ;
- « L'appréhension des conflits de normes de même niveau par la légistique. Vers une prévention et un traitement méthodique des antinomies du droit », in *Les conflits horizontaux de normes : le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, PERALDI-LENEUF (F.), SCHILLER (S.) (dir.), Paris : Mare & Martin, 2014, p. 37 ;
- « Le vocabulaire », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 581 ;
- « La réception du contrat d'adhésion dans la théorie du contrat avant l'entrée de la notion dans le Code civil français », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 7.

CHAUVIRE (P.). « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, avr. 2015, n°s 119-120, p. 1330.

CHAZAL (J.-P.) :

- « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G*, juill. 1998, n° 29, 152, p. 1315 ;
- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *RTD civ.*, avr.-juin 2001, n° 2, p. 265 ;
- « “Relire Josserand”, oui mais... sans le trahir ! », *D.*, juill. 2003, n° 27, p. 1777 ;
- « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 27 ;
- « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 325 ;
- « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2003, p. 99 ;
- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Paris : Dalloz, 2004, p. 279 ;
- « G. Ripert et le déclin du contrat », *RDC*, avr. 2004, n° 2, p. 244 ;
- « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 47 ;
- « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », *D.*, mars 2015, n° 12, p. 673.

CHENEDE (F.) :

- « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative : du mythe à la réalité », *Droit & philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Paris : Dalloz, 2012, n° 4, p. 155 ;
- « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{ère} partie) », *RDC*, janv. 2012, n° 1, p. 241 ;
- « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *RDC*, juill. 2012, n° 3, p. 1017 ;
- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, juin 2015, n° 21, p. 1226 ;
- « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 655 ;
- « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, Paris : LexisNexis, 2016, p. 67 ;
- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, avr. 2016, n° 14, p. 796 ;
- « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres : vers de justes compromis ? », *AJ Contrat*, janv. 2018, n° 1, p. 25 ;
- « Le droit civil, au naturel (ou l'actualité d'un passé) », *RTD civ.*, juill.-sept. 2020, n° 3, p. 506.

CHERFOUH (F.). « Portrait d'un activiste : Raymond Saleilles au service de la science juridique », in *Raymond Saleilles et au-delà*, AUDREN (F.), CHÊNE (C.), MATHEY (N.), VERGNE (A.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2013, p. 41.

CLARET (H.). « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation », *D.*, nov. 2003, n° 38, p. 2600.

COHEN-TANUGI (L.). « Droit civil contre *common law* : un faux débat », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 25.

COUSIN (C.). « La doctrine solidariste de Léon Duguit », *R.R.J.*, 2001, n° 4 (vol. 2), p. 1931.

COUTANT-LAPALUS (C.). « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 182.

CORNU (G.) :

- « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris : Dalloz, 1965, p. 157 ;
- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *TAHC*, t. 14, Paris : Dalloz, 1965, p. 87 ;
- « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris : Dalloz, 1981, p. 77 ;
- « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *Codification : valeurs et langage, Actes du colloque de droit international de droit civil comparé*, Québec : Service des communications du Conseil, 1985, p. 31 ;

- « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris : PUF, 1986, p. 99 ;
- « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1175 ;
- « Codification contemporaine : valeurs et langage », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Coll. Doctrine juridique, LABRUSSE-RIOU (C.), TRUCHET (D.) (dir.), Paris : PUF, 1988, p. 357 ;
- « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, janv. 2002, n° 4, p. 351 ;
- « Réflexions en attendant le tricentenaire », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2004, p. 709 ;
- « Etude législative », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 19.

COTTEREAU (V.). « La clause réputée non écrite », *JCP G*, 1993, n°s 28-29, I, doct. 3691, p. 315.

DAMAS (N.). « Dispositions relatives à la formation du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 13.

DANIS-FÂTOME (A.). « La définition légale », in *Liber amicorum, études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ, 2008, p. 275.

DAVID (R.). « Le droit comparé - enseignement de culture générale », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 1950, vol. 2, n° 4, p. 682.

DE LA TOUR (J.-R.). « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 392.

DEL MARMOL (C.). « Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial », *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. 1, Gent : E. Story-Scientia, 1966, p. 307.

DELEBECQUE (P.) :

- « Où est donc passée la liberté contractuelle ? », *Defrénois*, juin 1994, n° 11, p. 821 ;
- « La bonne foi contractuelle : *quid novi sub sole* ? », *Lamy droit civil*, fév. 2008, n° 46, p. 6 ;
- « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 759.

DELMAS-MARTY (M.). « Réinventer le droit commun », *D.*, janv. 1995, chron. p. 1.

DELPECH (X.). « "Réforme de la réforme" du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision », *AJ Contrat*, mars 2018, n° 2, p. 52.

DENIS (D.). « La clause de style », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris : Defrénois, 1979, p. 117.

DEROUSSIN (D.). « Le contrat à travers le Code civil des français », *Coll. Hist. justice*, 2009, n° 19, p. 247.

DESLANDRES (M.). « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, BEUDANT (R.), CAPITANT (H.), COLIN (A.), [et alii], Paris : LNDJ, 1914, p. 241.

- DESNOYER (C.).** « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 AL. 1^{er} du code civil », in *Les conflits horizontaux de normes : le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, PERALDI-LENEUF (F.), SCHILLER (S.) (dir.), Paris : Mare & Martin, 2014, p. 151.
- DESPOTOPOULOS (C.).** « La notion de *synallagma* chez Aristote », *APD*, t. 13, 1968, p. 115.
- DESHAYES (O.) :**
- « L'interprétation des contrats », *JCP G*, mai 2015, suppl. n° 21, p. 39 ;
 - « La réforme de la Cour de cassation », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 425.
- DEUMIER (P.).** « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.*, oct. 2015, n° 35, p. 2022.
- DHAINAUT (I.).** « Demogue et le droit des contrats », *R.I.E.J.*, 2006, n° 56, p. 111.
- DISSAUX (N.).** « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 53.
- DOCKES (E.).** « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.*, juill.-sept. 1995, n° 3, p. 479.
- DORANDEU (N.).** « Violence économique et droit de la concurrence », in *La violence économique*, PICOD (Y.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2017, p. 65.
- DREIFUSS-NETTER (F.).** « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, sept. 1990, n° 3, p. 269.
- DUPICHOT (J.).** « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-ane” des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris : Defrénois, 1979, p. 179.
- DUPICHOT (P.).** « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC*, janv. 2013, n° 1, p. 387.
- DUPOUY (S.).** « Regard sur le droit des contrats spéciaux après la réforme du droit commun », *R.R.J.*, 2017, n° 2, p. 601.
- DURAND-PASQUIER (G.).** « Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme », *JCP N*, avr. 2016, n° 13, étu. 1113, p. 40.
- DUTTO (V.).** « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat*, avr. 2017, n° 4, p. 159.
- EDELMAN (B.).** « De la liberté et de la violence économique », *D.*, août 2001, n° 29, p. 2315.
- EISENMANN (C.).** « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, t. 11, 1966, p. 25.
- ENSMINGER (A.).** « Les versifications du Code civil : un paroxysme de nomophilie », *R.R.J.*, 1989-1, n° 36, p. 145.
- ESMEIN (A.).** « L'originalité du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (réed.), p. 5.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.) :

- « L'«interprétation créatrice» : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 166 ;
- « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 384 ;
- « L'interprétation du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 146.

FABRE-MAGNAN (M.) :

- « Réforme du droit des contrats : “un très bon projet” », *JCP G*, oct. 2008, n° 43, I, doctr. 199, p. 13 ;
- « Le forçage du consentement », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 295 ;
- « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *Semaine sociale Lamy*, mars 2016, n° 1715, p. 5.

FAGES (B.) :

- « Autour de l'objet et de la cause », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 37 ;
- « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif », *RTD civ.*, déc. 2007, n° 4, p. 773.

FAGES (B.), MESTRE (J.). « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.*, janv.-mars 1998, n° 1, p. 71.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

- « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.*, juill.-sept. 2002, n° 3, p. 463 ;
- « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », in *De tous horizons, Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Paris : Société de législation comparée, 2005, p. 69 ;
- « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 147 ;
- « Conclusions d'une privatiste », in *La concurrence des systèmes juridiques*, BOIS DE GAUDUSSON (J. du), FERRAND (F.) (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2008, p. 149.

FAUVARQUE-COSSON (B.), FONTAINE (M.), SCHULZE (R.), WHITTAKER (S.). « Table ronde. : le regard des juristes européens », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 371.

FENOUILLET (D.) :

- « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 243 ;
- « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 279 ;
- « Propos introductifs », in *Droit et morale : aspects contemporains*, BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2011, p. 1 ;

- « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 358 ;
- « Les valeurs morales », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 589.

FERIEL (L.). « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », *JCP E*, mai 2021, n°s 19-20, étu. 1246, p. 24.

FILIBERTI (E.). « Quelle réforme pour le droit des contrats ? », *Petites Affiches*, fév. 2008, n° 41, p. 4.

FLECHEUX (G.). « Reconnaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 341.

FLEURY (P.). « L'article L. 442-6 du Code de commerce réformé en profondeur », *Lamy droit civil*, juin 2019, n° 171, p. 5.

FORNACCIARI (M.). « La place du droit dans les choix industriels », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 71.

FOURGOUX (J.-L.). « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.*, sept. 2008, n° 260, p. 2.

FOYER (J.) :

- « Le droit civil dominé », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 13 ;
- « Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », *JCP G*, mars 2004, n° 13, I, doctr. 120, p. 543.

FRISON-ROCHE (M.-A.). « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, sept. 1995, n° 3, p. 573.

FROMION-HEBRARD (B.). « Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine », *Petites Affiches*, mai 2000, n° 100, p. 30.

FUSAI (T.), QUEYROY (A.). « Aux limites du droit : l'éthique », in *Aux limites du droit*, REGAD (C.) (dir.), Coll. Droit public, Paris : Mare & Martin, 2016, p. 223.

GALLET (J.-L.). « Méthode législative et objectifs : la lecture du Conseil d'Etat », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 19.

GAUDEMET (E.). « Les Codifications récentes et la Révision du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (réed.), p. 967.

GAUDEMET (J.) :

- « La codification, ses formes et ses fins », in *La codification et l'évolution du droit*, XVIII^e Congrès de l'IDEF, Louisiane, 3-9 nov. 1985, *Rev. jur. et pol., indépendance et coopération*, janv.-juin 1986, n°s 3 et 4, p. 239 ;
- « Codes, collections, compilations : les leçons de l'histoire, de Grégorius à Jean Chappuis », *Droits*, déc. 1996, n° 24, p. 3.

GAUDEMET (M.-E.). « Raymond Saleilles et le Code civil allemand », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, BEUDANT (R.), CAPITANT (H.), COLIN (A.), [et alii], Paris : LNDJ, 1914, p. 115.

GAUDEMET (S.). « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, conc., consom.*, mai 2016, n° 5, étu. 5, p. 27.

GAUDEMET (Y.) :

- « Le Code civil, “constitution civile de la France” », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 297 ;
- « Les moments du droit », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 15.

GAUTIER (P.-Y.) :

- « Crise du contrat... ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 277 ;
- « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, avr. 2006, n° 2, p. 610 ;
- « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », *D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2844 ;
- « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 666 ;
- « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, nov. 2015, n° 38, p. 2189.

GASSIN (R.). « Lois spéciales et droit commun », *D.*, janv. 1961, p. 91.

GEA (F.). « Introduction : sous le Code (civil), la doctrine », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 9.

GELOT (B.). « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Deffrénois*, oct. 1995, n° 20, p. 1201.

GENICON (T.) :

- « Contrat et protection de la confiance », *RDC*, janv. 2013, n° 1, p. 336 ;
- « Défense et illustration de la cause en droit des contrats : A propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, juill. 2015, n° 27, p. 1551 ;
- « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 625 ;
- « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC*, déc. 2016, n° 4, p. 751 ;
- « Conjurer la “faiblesse obligatoire” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *Contrats, conc., consom.*, déc. 2020, n° 12, p. 12.

GENY (F.). « La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre juridique de Raymond Saleilles », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, BEUDANT (R.), CAPITANT (H.), COLIN (A.), [et alii], Paris : LNDJ, 1914, p. 1.

GHESTIN (J.) :

- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, janv. 1982, n° 1, p. 1 ;

- « Atelier III : les obligations – la justice contractuelle », in *Codification : valeurs et langage, Actes du colloque de droit international de droit civil comparé*, Québec : Service des communications du Conseil, 1985, p. 309 ;
- « La notion de contrat », *D.*, juin 1990, n° 23, p. 147 ;
- « Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives », *D.*, sept. 1991, n° 32, p. 449 ;
- « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Etu. Juridiques, Paris : Economica, 1998, p. 3 ;
- « Le contrat en tant qu'échange économique », in *Economie : bilan et perspectives, Rev. éco. indus.*, 2000, n° 92, p. 81 ;
- « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 405 ;
- « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 415 ;
- « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1152 ;
- « Présentation générale des diverses contributions », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 3 ;
- « Observations de Jacques Ghestin », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 5 ;
- « Droit des contrats », *JCP G*, avr. 2009, n°s 16-17, I, chron. 138, p. 18 ;
- « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équivalence des prestations est-elle opportune ? », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 343.

GHESTIN (J.), MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.). « 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 », *JCP G*, 1995, n° 25, I, doct. 3854, p. 275.

GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.). « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.*, oct. 2008, n° 37, p. 2609.

GLAUDET (P.). « Le Code Napoléon, fondateur de la nation française », *Deffrénois*, mai 2004, n° 9, p. 621.

GOLDIE-GENICON (C.). « Droit commun et droit spécial », *RDA*, fév. 2013, n° 7, p. 29.

GOLTZBERG (S.). « La définition comme procédé stratégique », in *DICODEX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, LEFEBVRE (J.) (dir.), Coll. CEPRISSA, 2015, p. 141.

GRALL (J.-C.), MALLEEN (G.). « Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », *Lamy concurrence*, déc. 2016, n° 56, p. 20.

GRATTON (L.). « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.*, janv. 2016, n° 1, p. 22.

GRIDEL (J.-P.). « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », *D.*, janv. 1984, chron. p. 153.

GRIMALDI (C.) :

- « La valeur normative des directives d'interprétation », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 154 ;
- « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots : A propos du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, avr. 2015, n° 14, p. 814 ;
- « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *Petites Affiches*, oct. 2016, n° 215, p. 6 ;
- « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 135.

GROSSER (P.). « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ Contrat*, juin 2016, n° 6, p. 270.

GRUA (F.) :

- « Les divisions du droit », *RTD civ.*, mars 1993, n° 1, p. 59 ;
- « La fée et l'horloge », *RTD civ.*, juin 2001, n° 2, p. 319.

GRYNBAUM (L.) :

- « La notion de solidarisme contractuel », *in Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 25.
- « Saleilles et le droit des obligations : l'objectif du juste-milieu », *in Raymond Saleilles et au-delà*, AUDREN (F.), CHÊNE (C.), MATHEY (N.), VERGNE (A.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2013, p. 117.

GUEGUEN (J.-M.). « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.*, sept. 1999, n° 33, p. 352.

GUERLIN (G.). « Les manifestations de l'égalité en droit des contrats », *in L'Egalité en Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovadia, 2015, p. 67.

GICQUIAUD (E.). « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, juill. 2014, n° 2, p. 267.

HAKIM (N.), MELLERAY (F.). « La Belle Epoque de la pensée juridique française », *in Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, HAKIM (N.), MELLERAY (F.) (dir.), Coll. Méthodes du droit, Paris : Dalloz, 2009, p. 1.

HARAVON (M.) :

- « Le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale : mythes et réalités d'un rapport sans nuance », *JCP E*, oct. 2005, n° 41, étu. 1478, p. 1680 ;
- « Le rapport *Doing Business* 2007 de la Banque mondiale : le mirage des classements pour mesurer l'efficacité de la justice civile », *JCP E*, sept. 2006, n° 38, étu. 2369, p. 1571.

HAUSER (J.). « Rapport de synthèse : le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », *in Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 193.

HAUTEREAU-BOUTONNET (M.) :

- « Le contrat environnemental », *D.*, janv. 2015, n° 4, p. 217 ;
- « Le risque climatique en droit des contrats », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 312 ;
- « Le Code civil : un code pour l'environnement ? », *D.*, juill. 2021, n° 23, p. 1280.

HERON (J.). « L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires », *R.R.J.*, 1987-4, p. 1151.

HIEZ (D.). « Premières réflexions pour un droit décroissant : l'exemple du droit des contrats », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles : Larcier, 2021, p. 365.

HONTEBEYRIE (A.) :

- « Les effets du contrat dans le projet de réforme », *Journ. soc.*, avr. 2014, n° 118, p. 33 ;
- « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.*, nov. 2016, n° 37, p. 2180.

HOUTCIEFF (D.) :

- « Limites du pouvoir de sanction du juge au cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », *JCP G*, sept. 2007, n° 38, II, 10154, p. 23 ;
- « Le contenu du contrat », *in Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 183 ;
- « Les clauses abusives abusées par la cause », *Gaz. Pal.*, avr. 2016, n° 16, p. 25 ;
- « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », *in Les innovations de la réforme du droit des contrats*, BROS (S.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 55.

HUET (J.). « Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs) », *JCP G*, 1992, n° 25, I, doctr. 3592, p. 271.

HUSSON (L.). « Le droit, la morale et les sciences humaines », *Rev. inter. dr. comp.*, vol. 22, n° 4, oct.-déc. 1970, p. 645.

IDOT (L.). « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC*, juill. 2004, n° 3, p. 882.

IZORCHE (M.-L.). « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 2001, vol. 53, n° 2, p. 289.

JACQUES (P.). « Vers un renouvellement de la conception du contrat ? », *in Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Varenne, 2016, p. 171.

JALUZOT (B.). « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspective », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2005, vol. 57, n° 1, p. 29.

JAMIN (C.) :

- « L'oubli et la science : regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *RTD civ.*, déc. 1994, n° 4, p. 815 ;

- « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *Petites Affiches*, mars 1996, n° 29, p. 24 ;
- « Ouvrages anciens », *RTD civ.*, juill.-sept. 1997, n° 3, p. 808 ;
- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 48 ;
- « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du Centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 2000, vol. 52, n° 4, p. 733.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 441 ;
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.*, mars 2002, n° 11, p. 901 ;
- « Caractérisation de l'abus dans la détermination unilatérale des conditions de vente d'un concessionnaire », *JCP G*, oct. 2002, n° 41, II, 10157, p. 1812 ;
- « Le procès du solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 159 ;
- « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, n° 52, p. 137 ;
- « Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois », in *Les Conférences Albert-Mayrand : 1997-2011*, Montréal : Thémis, 2012, p. 179 (conférence prononcée en 2005) ;
- « Juger et motiver : introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.*, juin 2015, n° 2, p. 263 ;
- « Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G*, juill. 2015, n° 29, p. 1446 ;
- « Motivation des arrêts : une alternative », *D.*, oct. 2015, n° 35, p. 2001 ;
- « La liberté de l'interprète, n° 60 », in *Les grands discours de la culture juridique*, MASTOR (W.), BENETTI (J.), EGEEA (P.) [et alii], Paris : Dalloz, 2017, p. 756 ;
- « Notations sur le solidarisme contractuel », in *Mélanges François Collart Dutilleul*, Paris : Dalloz, 2017, p. 433 ;

JAUME (L.). « Terminer la Révolution par le Code civil ? », 2009, *Coll. Hist. justice*, n° 19, p. 183.

JESTAZ (P.) :

- « Les frontières du droit et de la morale », *R.R.J.*, 1983, n° 2, p. 334 ;
- « L'évolution du droit des contrats spéciaux depuis la loi de 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier*, Paris : PUF, 1986, p. 117 ;
- « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.*, oct.-déc. 1990, n° 4, p. 625.

JESTAZ (P.), MARGUENAUD (J.-P.), JAMIN (C.). « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, oct. 2014, n° 36, p. 2061.

JEULAND (E.) :

- « L'égalité dans les liens de droit », *APD*, 2008, t. 51, p. 29 ;
- « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G*, janv. 2016, suppl. n^{os} 1-2, p. 20.

JOSSERAND (L.) :

- « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, chron. p. 89 ;
- « L'essor moderne du concept contractuel », in *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris : Sirey, 1934, p. 333 ;
- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 1 ;
- « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D.*, 1937, chron. p. 1 ;
- « Un ordre juridique nouveau », *D.*, 1937, chron. p. 41 ;
- « La "publicisation" du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. 3, Paris : Librairie du Recueil Sirey/LGDJ, 1938, § 145, p. 143 ;
- « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris : Dalloz, 1939, p. 369 ;
- « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *D.*, 1940, n^o 2, p. 5.

JOUANJAN (O.). « Avant-propos : le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques » in *Le "moment 1900" : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, JOUAJAN (O.), ZOLLER (E.) (dir.), Paris : éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 13.

JOURDAIN (P.). « Rapport français », in *La bonne foi (journées louisianaises)*, t. 43, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris : Litec, p. 121.

KLEIN (J.). « Le consentement », *JCP G*, mai 2015, suppl. n^o 21, p. 14.

KRIEGK (J.-F.). « Le bicentenaire du Code civil, "péristyle de la législation française" », *Gaz. Pal.*, déc. 2003, n^o 365, p. 2.

KULLMANN (J.). « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*, 1993, chron. p. 59.

LABARTHE (F.). « Observations de Françoise Labarthe », *Petites Affiches*, fév. 2009, n^o 31, p. 63.

LABETOULLE (D.). « Quel avenir pour les codes à la française ? », in *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, CABRILLAC (R.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2011, p. 41.

LACHIEZE (C.). « Clauses abusives et lésion : la législation d'une relation controversée », *Petites Affiches*, juill. 2002, n^o 131, p. 4.

LAFURIE (K.). « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E*, août 2017, n^o 35, p. 29.

LAGARDE (X.) :

- « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *D.*, nov. 2005, n° 3, p. 2745 ;
- « Observations de Xavier Lagarde », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 74 ;
- « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *D.*, nov. 2016, n° 37, p. 2174.

LAITHIER (Y.-M.) :

- « Remarques sur les conditions de la violence économique », *Petites Affiches*, nov. 2004, n° 233, p. 6 ;
- « Remarques sur les conditions de la violence économique (suite et fin) », *Petites Affiches*, nov. 2004, n° 234, p. 5 ;
- « Dispositions relatives à la validité du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 27.

LAMOUREUX (M.). « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, nov. 2006, n° 41, p. 2848.

LARDEUX (G.). « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *Petites Affiches*, sept. 2005, n° 183, p. 3.

LARNAUDE (F.). « Le Code civil et la nécessité de sa révision », in *Le Code civil 1804-1914, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (rééd.), p. 901.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.) :

- « Le contenu du contrat : le renouvellement de l'objet et de la cause », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 97.
- « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 29.

LARROUMET (C.) :

- « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.*, mai 1997, n° 19, p. 145 ;
- « Le Code civil, instrument de propagande politique », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 225.

LATINA (M.) :

- « L'égalité dans les projets de droit européen du contrat », in *L'Égalité en Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovadia, 2015, p. 159 ;
- « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 1 ;
- « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion en droit français », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 125 ;

- « Le régime des clauses non négociables, hors du contrat d'adhésion », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 160 ;
- LATINA (M.), OUDOT (P.)**. « Préface », in *L'Egalité en Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovidia, 2015, p. 9.
- LEAUTE (J.)**. « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, t. 51, p. 429.
- LE BOURG (J.)**. « Le droit des contrats dans le Code civil : un droit bourgeois dans un code bourgeois ? », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Varenne, 2016, p. 89.
- LECLERCQ (N.-C.)**. « L'éthique dans les contrats », in *Variations sur l'éthique, hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles : Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 487.
- LECOURT (A.)**. « Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentaire ? », *Lamy droit des affaires*, déc. 2016, n° 121, p. 34.
- LECUYER (H.) :**
 - « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *Petites Affiches*, mai 1998, n° 54, p. 44 ;
 - « L'interprétation du contrat », *Journ. soc.*, avr. 2014, n° 118, p. 28.
- LEFEBVRE (J.)**. « Un premier bilan », in *DICODEX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, LEFEBVRE (J.) (dir.), Coll. CEPRISCA, 2015, p. 17.
- LE GAC PECH (S.) :**
 - « Principes généraux et droit prospectif », *Petites Affiches*, juin 2011, n° 125, p. 4 ;
 - « Sanctions et démesure », *JCP E*, avr. 2015, n°s 17-18, étu. 1207, p. 36 ;
 - « A la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », *JCP E*, sept. 2016, n° 36, comm. 1467, p. 34.
- LEGRAND (P.)**. « Comparer », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1996, vol. 48, n° 2, p. 279.
- LEMOULAND (J.-J.)**. « Consentement et capacité : le charme discret de l'utilitarisme », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 87.
- LEQUETTE (Y.) :**
 - « Le droit est la semence des mœurs », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 391 ;
 - « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris : Economica, 2008, p. 247 ;
 - « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 879 ;
 - « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 616.
- LEREBOURS-PIGIONNIERE (P.)**. « La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », in *L'œuvre*

juridique de Raymond Saleilles, BEUDANT (R.), CAPITANT (H.), COLIN (A.), [et alii], Paris : LNDJ, 1914, p. 397.

LE TOURNEAU (P.). « Le droit et l'éthique », in *Droit et technique, Etudes à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris : Litec, 2007, p. 291.

LEVENEUR (L.) :

- « Le forçage du contrat », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 69 ;
- « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, sept. 1998, n° 9, p. 676 ;
- « Le solidarisme contractuel a du plomb dans l'aile ! », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2002, n° 10, comm. 134, p. 13 ;
- « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, op. cit.*, p. 285 ;
- « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 173 ;
- « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, SAINTOURENS (B.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2006, p. 123.
- « Réforme du droit des obligations : effervescence autour de l'avant-projet », *Contrats, conc., consom.*, sept. 2006, n° 8, p. 1 ;
- « La clause limitative de responsabilité était difficilement lisible et en anglais... », *Contrats, conc., consom.*, mars 2008, n° 3, comm. 62, p. 16 ;
- « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *Contrats, conc., consom.*, nov. 2008, n° 11, p. 1 ;
- « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 661 ;
- « Quelle place pour la liberté contractuelle ? Quelle place pour l'unilatéralisme ? », *Contrats, conc., consom.*, déc. 2020, n° 12, p. 20.

LEVY-ULLMANN (H.). « Contribution à la recherche d'une définition du droit (méthode de définition et définition proposée) », *RTD civ.*, 1917, t. 13, p. 61.

LICARI (F.-X.) :

- « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Lamy droit civil*, janv. 2017, n° 144, p. 10 ;
- « Quelques précisions importantes sur le champ d'application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *Lamy droit civil*, mai 2017, n° 148, p. 10 ;

LIET-VEAUX (G.). « Portalis se méfie du droit intermédiaire révolutionnaire », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 7.

LOISEAU (G.) :

- « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJ Contrat*, déc. 2015, n° 12, p. 496 ;
- « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP S*, déc. 2015, n° 52, étu. 1468, p. 1.

LOISELLE (M.). « L'histoire des concepts juridiques et la question du contexte », *in Sur la portée sociale du droit*, ISRAËL (L.), SACRISTE (G.), VAUCHEZ (A.) [et alii], Paris : PUF, 2005, p. 29.

LOKIEC (P.). « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.*, fév. 2007, n° 5, p. 321.

LOQUIN (E.). « Rapport de synthèse », *in L'Égalité en Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovadia, 2015, p. 229.

LOUVEL (B.). « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, juin 2015, n° 23, p. 1326.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), CHAGNY (M.). « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1268.

LUXEMBOURG (F.). « La Cour de cassation, juge du fond », *D.*, oct. 2006, n° 34, p. 2358.

MAINGUY (D.) :

- « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.*, janv. 2009, n° 5, p. 308 ;
- « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Libres propos », *JCP E*, fév. 2016, n° 7, actu. 151, p. 9.

MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.). « Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle », *JCP E*, nov. 2007, n° 46, 2394, p. 32.

MALAURIE (P.) :

- « Les enjeux de la codification », *AJDA*, sept. 1997, n° 9, p. 642.
- « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle », *in Mélanges Michel Cabrillac*, Paris : Litec, 1999, p. 187.
- « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 7.
- « Mutation du droit des contrats », *Petites Affiches*, août 2008, n° 173, p. 4.

MALAURIE-VIGNAL (M.) :

- « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.*, fév. 1995, n° 8, p. 51 ;
- « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2008, n° 10, p. 28 ;
- « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats, conc., consom.*, nov. 2008, n° 11, p. 12 ;
- « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *Contrats, conc., consom.*, juill. 2015, n° 7, étu. 9, p. 10 ;
- « Le déséquilibre significatif du Code de commerce est-il de nature à cannibaliser celui du Code civil ? », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2019, n° 10, p. 3

MALINVAUD (P.) :

- « La protection des consommateurs », *D.*, janv. 1981, chron. p. 49 ;
- « De la difficile gestation de la réforme du droit des obligations français », *in Mélanges Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 553.

MALLET-BRICOUT (B.). « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.*, juin 2016, n° 2, p. 463.

MARAIS (B. du). « Mesurer le droit ? Ou plutôt l'évaluer ? Quelques réflexions sur les limites méthodologiques des rapports *Doing Business* », *RDAI/IBLJ*, 2006, n° 5, p. 675.

MARCHADIER (F.). « Le contrôle de proportionnalité *in concreto* : comment éviter une atteinte (disproportionnée) à l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? », *JCP G*, nov. 2020, n° 48, p. 2086.

MARKESINIS (B.). « Deux cent ans dans la vie d'un code célèbre », *RTD civ.*, janv.-mars 2004, n° 1, p. 45.

MARLANGE (A.). « Incidences de la réforme du droit des contrats en matière de contentieux : quel rôle pour le juge ? », in *Pratiques contractuelles : ce que change la réforme du droit des obligations*, Montrouge : Ed. Législative, 2015, p. 291.

MARTIAL-BRAZ (N.). « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation *in favorem* », *RDC*, mars 2015, n°1, p. 193.

MARTIN (A.-C.). « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 128.

MARTY (G.). « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. V. Paris : Librairie Dalloz, 1949, p. 84.

MATHEY (N.) :

- « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », *Contrats, conc., consom.*, mai 2013, n° 5, p. 19 ;
- « Note préparatoire pour le tricentenaire du Code civil », *Contrats, conc., consom.*, juin 2014, n° 6, p. 1 ;
- « Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », *Contrats, conc., consom.*, mai 2015, n° 5, p. 50 ;
- « Preuve de la soumission d'un partenaire », *Contrats, conc., consom.*, juill. 2017, n° 7, p. 79.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.). « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », in *Comparer les droits, résolument*, LEGRAND (P.) (dir.), Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 2009, p. 123.

MAYAUX (L.). « L'égalité en droit civil », *JCP G*, 1992, n° 39, I, doct. 3611, p. 385.

MAZEAUD (D.) :

- « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Dr. et patrimoine*, juin 1995, n° 28, p. 42 ;
- « Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace ! », *Deffrénois*, mars 1999, n° 6, p. 371 ;
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : PUF, Dalloz-Litec, 1999, p. 603 ;
- « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *D.*, nov. 2001, n° 40, p. 3236 ;
- « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », *D.*, janv. 2003, n° 2, p. 93 ;
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 295 ;

- « Droit commun du contrat et droit de la consommation : nouvelles frontières ? », *in Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 724 ;
- « Regards positifs et prospectifs sur le “nouveau monde contractuel” », *Petites Affiches*, mai 2004, n° 92, p. 47 ;
- « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations : rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 73 ;
- « Le juge et le contrat : variations optimistes sur un couple “illégitime” », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris : Dalloz, 2005, p. 235 ;
- « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », *4^e Conférence Roger-Comtois*, Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 5 ;
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.*, juill. 2005, n° 27, p. 1828 ;
- « La politique contractuelle de la Cour de cassation », *in Livres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris : Dalloz, 2006, p. 371 ;
- « La confiance légitime et l'estoppel », *Rev. inter. dr. comp.*, 2006, vol. 58, n° 2, p. 363 ;
- « Observations conclusives », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 177 ;
- « La mauvaise foi du créancier ne permet pas au juge de réviser le contenu obligationnel du contrat », *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1110 ;
- « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », *in Etudes de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris : Economica, 2008, p. 325 ;
- « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.*, oct. 2008, n° 38, chron. p. 2675 ;
- « Rapport de synthèse », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 397 ;
- « Réforme du droit des contrats », *RDC*, avr. 2009, n° 2, p. 471 ;
- « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.*, mai 2009, n° 20, p. 1364 ;
- « Le droit français, modèle pour les projets européens de droit des contrats », *in Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, CABRILLAC (R.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2011, p. 23 ;
- « Sécurité juridique *versus* moralité contractuelle : affaire classée ? », *in Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Paris : Dalloz, 2011, p. 439 ;
- « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris : Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 905 ;
- « Rapport de synthèse », *in La Franchise : questions sensibles, Rev. Lamy droit des affaires*, juill. 2012, n° 73, p. 56 ;
- « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris : Dalloz, 2013, p. 517 ;

- « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, fév. 2014, n° 5, p. 291 ;
- « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 353 ;
- « Imaginer la réforme », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 610.
- « Observations finales », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 85 ;
- « Rapport conclusif », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2017, p. 113.

MAZET (P.). « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 13.

MEKKI (M.) :

- « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (dir.), Paris : Dalloz, 2003, p. 323 ;
- « Le modèle de la loi au sein du Code civil », in *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, REVET (T.) (dir.), Coll. Biblio. de l'institut André Tunc, Paris : LGDJ, 2005, p. 5 ;
- « Observations de Mustapha Mekki », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 103 ;
- « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : la fusion des corps et la confusion des esprits », in *Droit et morale : aspects contemporains*, BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, 2011, p. 27 ;
- « Contrat et devoir de vigilance », *Lamy affaires*, mai 2015, n° 104, p. 86 ;
- « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 651 ;
- « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.*, mars 2016, n° 12, p. 2 ;
- « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 400 ;
- « Réforme du droit des obligations : les conditions générales », *JCP N*, déc. 2016, n° 49, act. 1299, p. 5 ;
- « Droit des contrats », *D.*, fév. 2018, n° 7, p. 371 ;
- « Les dispositions liminaires », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, BROS (S.) (dir.), Coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 15 ;
- « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 112 ;
- « L'abus de dépendance (art. 1143 C. civ.) », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles : Larcier, 2021, p. 474.

MERLOZ (F.). « Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et les cours suprêmes », *D.*, juill. 2021, n° 26, p. 1384.

MESTRE (J.) :

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986, p. 100 ;

- « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris : PUF, 1986, p. 41 ;
- « Le droit pour une association agréée de consommateurs d'obtenir en justice la suppression de clauses abusives, y compris par voie d'intervention », *RTD civ.*, sept. 1994, n° 3, p. 601 ;
- « Rapport de synthèse », in *Les clauses abusives entre professionnels*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Etu. Juridiques, Paris : Economica, 1998, p. 157 ;
- « Faut-il réformer le titre III du Livre III du Code civil ? », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1167 ;
- « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 231.

MESTRE (J.), FAGES (B.). « Le doute profite toujours au consommateur », *RTD civ.*, juin 2003, n° 2, p. 292.

MESTRE (J.), LAUDE (A.). « L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 1993, p. 9.

MEUNIER (G.). « Présentation du projet de réforme du droit des contrats », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 622.

MIGNOT (M.). « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *R.R.J.*, 2004, n° 4, p. 2153.

MITCHELL (M.-C.), DELANNOY (T.). « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJ Contrat*, déc. 2015, n° 12, p. 504.

MOLFESSIS (N.) :

- « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 309 ;
- « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP G*, fév. 2015, n° 7, étu. 199, p. 319 ;
- « Amendements doctrinaux », *JCP G*, mai 2015, suppl. n° 21, p. 4 ;
- « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G*, déc. 2015, n° 52, 1415, p. 2390.

MONTALIVET (P. de). « La "marketisation" du droit », *D.*, déc. 2013, n° 44, p. 2923.

MONTELS (B.). « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.*, juill.-sept. 2002, n° 3, p. 417.

MOREL (R.). « Le contrat imposé », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 2, Paris : Pichon et Auzias, 1950, p. 116.

MOUIAL-BASSILANA (E.) :

- « Réforme du droit des contrats : la symbolique du paradoxe », *Bull. Joly Sociétés*, nov. 2016, n° 11, p. 629 ;
- « Abus de dépendance et clauses abusives », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2016, p. 53.

MOULY-GUILLEMAUD (C.). « Déséquilibre significatif et rupture brutale : variations introduites par la réforme du Titre IV du Livre IV du Code de commerce », *Lamy droit civil*, juill. 2019, n° 172, p. 10.

MOUTOUH (H.). « Le droit et l'influence internationale de la France », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 79.

MUIR-WATT (H.). « La fonction subversive du droit comparé », *Rev. inter. dr. comp.*, juill.-sept. 2000, vol. 52, n° 3, p. 503.

NICOD (M.). « Avant-propos », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. V.

NIEMEC (A.). « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription : une véritable codification de la rencontre des volontés », *Petites Affiches*, janv. 2008, n° 17, p. 11.

NIESS (A.). « Léon Bourgeois (1851-1925), juriste et ange de la paix », *Parlement(s) : rev. d'hist. pol.*, 2009/1, n° 11, p. 135.

NIORT (J.-F.) :

- « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *R.R.J.*, 1994, n° 3, p. 785 ;
- « Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994 », *R.D. McGill*, 1994, vol. 39, n° 1, p. 845 ;
- « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », *Droits*, déc. 1996, n° 24, p. 135 ;
- « 1904 : Le centenaire du Code civil et la question de la révision », *Lamy droit civil*, avr. 2004, n° 4, p. 59 ;
- « “Notre droit civil...” : quelques remarques sur l'interprétation de Code civil des français et du Code civil du Bas-Canada au Québec », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 173 ;
- « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale : regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », *RTD civ.*, juin 2005, n° 2, p. 257 ;
- « Retour sur “l'esprit” du Code civil des français », *Coll. Hist. justice*, 2009, n° 19, p. 121.

NOURISSAT (C.). « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.*, juin 2000, n° 23, p. 369.

OPPETIT (B.) :

- « De la codification », in *La codification*, BEIGNIER (B.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 1996, p. 7 ;
- « De la codification », *D.*, janv. 1996, n° 1, p. 33 ;
- « L'avenir de la codification », *Droits*, déc. 1996, n° 24, p. 73.

PAISANT (G.) :

- « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G*, juin 1994, n° 25, doctr. 3772, p. 301 ;
- « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.*, janv. 1995, chron. p. 99.

PARAIN-VIAL (J.). « La nature du concept juridique et la logique », *APD*, t. 11, 1966, p. 49.

PAYET (M.-S.). « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », *RDC*, oct. 2006, n° 4, p. 1338.

PEGLION-ZIKA (C.-M.). « Un défi pour le droit des contrats : les qualifications contractuelles incertaines », *Contrats, conc., consom.*, déc. 2020, n° 12, p. 23.

PELLET (S.) :

- « L'égalité dans le projet de la Chancellerie (3 octobre 2014) », in *L'Égalité en Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice : Les éditions Ovadia, 2015, p. 183 ;
- « Contrat d'adhésion et négociation », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Paris : Dalloz, 2018, p. 67.

PERES (C.). « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 647.

PERREAU (E.-H.). « Une évolution vers un Statut légal des Contrats », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris : Sirey, 1934, p. 354.

PFERSMANN (O.) :

- « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 2001, vol. 2, n° 2, p. 275 ;
- « Propos introductifs : existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ? », in *La concurrence des systèmes juridiques*, BOIS DE GAUDUSSON (J. du), FERRAND (F.) (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2008, p. 23.

PICARD (E.). « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 1999, vol. 51, n° 4, p. 885.

PICOD (Y.) :

- « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », *JCP G*, déc. 1999, n° 48, II, 10210, p. 2151 ;
- « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du Code de commerce », *AJ Contrat*, mai 2019, n° 5, p. 201.

PIETTE (G.). « La correction du contrat : conciliation entre force obligatoire et utilité du contrat ? », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau : PUPPA, 2016, p. 159.

PILON (E.). « Réforme du Code civil par voie de Révision générale », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (réed.), p. 935.

PIMONT (S.). « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, déc. 2009, n° 3, p. 417.

PIZZIO (J.-P.) :

- « L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation », in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, MOUSSERON (J.-M.) (dir.), Paris : Litec, 1995, p. 61 ;

- « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTD com.*, janv.-mars 1998, n° 1, p. 53 ;
- « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle : bilan et perspectives », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 877.

PLANIOL (M.). « Inutilité d'une Révision générale du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (réed.), p. 955.

POLLAUD-DULIAN (F.). « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 925.

PONTHOREAU (M.-C.) :

- « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2005, vol. 1, n° 1, p. 7 ;
- « La concurrence entre *common law* et droit civil : existe-t-il véritablement une concurrence entre *common law* et tradition civiliste ? Le point de vue du comparatiste de droit public », in *La concurrence des systèmes juridiques*, BOIS DE GAUDUSSON (J. du), FERRAND (F.) (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2008, p. 35 ;
- « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in *Comparer les droits, résolument*, LEGRAND (P.) (dir.), Coll. Les voies du droit, Paris : PUF, 2009, p. 537.

POULET (L.). « Les défis du droit des contrats : un rôle à jouer pour la Cour de cassation », *Contrats, conc., consom.*, déc. 2020, n° 12, p. 26.

RAYMOND (G.) :

- « Les contrats de consommation », in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, MOUSSERON (J.-M.) (dir.), Paris : Litec, 1995, p. 37 ;
- « Modalités d'interprétation d'une clause », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2006, n° 10, comm. 209, p. 28.

RAYNOUARD (A.), BAÏSSUS (J.-M.). « Le rapport *Doing Business* in 2010 ravive la concurrence des systèmes juridiques », *Petites Affiches*, oct. 2009, n° 197, p. 3.

REMY (P.) :

- « La recodification civile », *Droits*, janv. 1998, n° 26/2, p. 3 ;
- « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Etudes juridiques, Paris : Economica, 2004, p. 3 ;
- « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 99 ;
- « Réviser le titre III du Livre troisième du Code civil ? », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1169 ;
- « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations : comparaison du projet Catala et des projets européens », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 1.

REMY-CORLAY (P.). « Le contrat hors du Code », *Petites Affiches*, sept. 2005, n° 178, p. 4.

REMY-CORLAY (P.), FENOUILLET (D.). « Le consentement », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 147.

REVET (T.) :

- « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.), Paris : Economica, 1999, p. 31.
- « La recodification, entre tentation et illusions », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 453.
- « Le Code civil comme modèle (synthèse) », in *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, REVET (T.) (dir.), Coll. Biblio. de l'Institut André Tunc, Paris : LGDJ, 2005, p. 593 ;
- « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 199 ;
- « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, juin 2015, n° 21, p. 1217 ;
- « Une philosophie générale ? », *RDC*, avr. 2016, n° H.-S., p. 5 ;
- « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 373 ;
- « « Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse) », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 627 ;
- « Les critères du contrat d'adhésion – Article 1110 nouveau de Code civil », *D.*, sept. 2016, n° 30, p. 1771 ;
- « La “violence économique” dans la jurisprudence », in *La violence économique*, PICOD (Y.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2017, p. 11 ;
- « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, janv. 2018, n° 3, p. 124 ;
- « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *RDC*, juin 2018, n° H.-S., p. 4 ;
- « A propos de l'article de Bernard Beignier “Pour un nouveau code civil” », *D.*, mai 2019, n° 18, p. 1011 ;
- « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 106.

RIEG (A.). « Contrat-type et contrat d'adhésion », in *Etudes de droit contemporain*, t. 33, 1970, p. 105.

RIERA (A.) :

- « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », *AJ Contrat*, janv. 2016, n° 1, p. 20 ;

- « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations : une notion, deux régimes ? », *Lamy concurrence*, juill. 2016, n° 52, p. 19.

RIPERT (G.) :

- « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Paris : Sirey, 1934, p. 347 ;
- « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », *D.*, 1950, chron. p. 1.

ROBINEAU (M.). « Codification et densification(s) normative(s) », in *La densification normative : découverte d'un processus*, THIBIERGE (C.) (dir.), Paris : Mare & Martin, 2013, p. 271.

ROUHETTE (G.) :

- « “Droit de la consommation” et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 247 ;
- « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Nouvelles réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1371 ;
- « Préface », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 265.

ROUVIERE (F.) :

- « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 600 ;
- « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », *RTD civ.*, juill.-sept. 2020, n° 3, p. 538.

ROLLAND (P.). « De quelle façon Saleilles est-il républicain ? », in *Raymond Saleilles et au-delà*, AUDREN (F.), CHÊNE (C.), MATHEY (N.), VERGNE (A.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2013, p. 11.

RONTCHEVSKY (N.). « Réforme du droit des contrats : les contrats financiers à l'épreuve de la distinction entre contrat d'adhésion et contrat de gré à gré », *RTD com.*, oct. 2016, n° 3, p. 515.

ROUVILLOIS (F.). « Une méthode innovante mais défailante », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 15.

SACRISTE (G.). « Raymond Saleilles, homme de combat “juste milieu” », in *Raymond Saleilles et au-delà*, AUDREN (F.), CHÊNE (C.), MATHEY (N.), VERGNE (A.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2013, p. 25.

SAINT-ESTEBEN (R.). « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 1275.

SALAH (M.). « Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois », *Rev. inter. dr. éco.*, 2013, n° 4, p. 475.

SALEILLES (R.) :

- « Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents », *RTD civ.*, 1902, p. 80 ;

- « Le Code civil et la Méthode historique », in *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, Paris : Dalloz-Litec, 2004, p. 95 ;
- « Conception et objet de la science du droit comparé », in *Actes du congrès de Paris de 1900 : théorie générale, méthode et enseignement du droit comparé*, Coll. Sensus iuris, Paris : Société de législation comparée, 2020, p. 167.

SASSOLAS (D.). « Les valeurs sociales et le Code civil », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Varenne, 2016, p. 109.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) :

- « Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud », *Petites Affiches*, fév. 2009, n° 31, p. 54 ;
- « Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud », *Petites Affiches*, sept. 2015, n° 177, p. 70.

SAVAUX (E.) :

- « Une précision neuve et essentielle : la mauvaise foi du créancier n'est pas une cause d'extinction de l'obligation », *Deffrénois*, oct. 2007, n° 20, p. 1454 ;
- « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », *Petites Affiches*, nov. 2012, n° 238, p. 4 ;
- « Le contenu du contrat », *JCP G*, mai 2015, suppl. n° 21, p. 20.

SERIAUX (A.) :

- « La notion de contrat synallagmatique », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris : LGDJ, 2001, p. 777 ;
- « Un temps pour codifier », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 1 ;
- « *Vanitas vanitatum*. De l'inanité d'une refonte du Livre III du titre III du Code civil », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1187.

SEUBE (A.). « Les conditions générales des contrats », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence : Faculté de droit et science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 621.

SEUBE (J.-B.). « La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance ! », *Journ. soc.*, avr. 2014, n° 118, p. 8.

SIMLER (P.). « Propos introductifs – A la recherche des frontières de l'interprétation », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 146.

SIRI (A.). « Des adages *Lex posterior derogat priori* & *Specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *R.R.J.*, 2009-3, p. 1781.

SIRINELLI (P.). « L'équilibre dans le contenu du contrat », *Dalloz IP/IT*, mai 2016, n° 5, p. 240.

SPITZ (J.-F.). « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, avril-juin 2007, n° 2, p. 281.

STOFFEL-MUNCK (P.) :

- « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », *D.*, juin 2002, n° 24, p. 1974 ;
- « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 45 ;
- « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2839 ;
- « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 56.

SUPIOT (A.). « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, mai 2001, n° 43, p. 51.

SZEKELY (A.), SAUTEL (O.). « Regards croisés sur la notion de déséquilibre significatif et le contrôle judiciaire du prix », *Lamy concurrence*, juin 2019, n° 84, p. 30.

TALLON (D.) :

- « Grandeur et décadence du Code civil français », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles : Larcier, 2003, p. 279.
- « La rénovation du titre III, livre III du Code civil : une approche comparative », *RDC*, oct. 2004, n° 4, p. 1190.
- « Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 131.

TELLIER (F.). « Le droit à l'épreuve de la société : Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *Rev. hist. fac. dr.*, p. 147.

TERRE (F.) :

- « La codification », *Rev. euro. dt. privé*, janv. 1993, n° 1, p. 31 ;
- « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *APD*, 2008, t. 51, p. 21 ;
- « Avant-propos », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 1 ;
- « L'interprétation », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 301 ;
- « Légiférer pour demain », *JCP G*, mai 2015, suppl. n° 21, p. 5.

TERRE (F.), FITOUSSI (L.). « Prolégomènes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2009, p. 37.

TERRE (F.), OUTIN-ADAM (A.). « L'année d'un bicentenaire », *D.*, janv. 2004, n° 1, p. 12.

TESTU (F.-X.) :

- « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, n° 18, I, doct. 3673, p. 197 ;
- « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995) », *D. affaires*, mars 1996, n° 13, p. 372.

THALLER (M.-E.). « Avant-propos », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, BEUDANT (R.), CAPITANT (H.), COLIN (A.), [et alii], Paris : LNDJ, 1914, p. 5.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.). « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, juin 1997, n° 2, p. 357.

THOMAS (B.). « Un rapport révolutionnaire ? », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 7.

TIMSIT (G.). « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, déc. 1996, n° 24, p. 83.

TISSIER (A.) :

- « Raymond Saleilles », *RTD civ.*, 1912, p. 293.
- « Le Code civil et les classes ouvrières », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (réed.), p. 73.

TOURNAFOND (O.). « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : commentaire raisonné et critique », *Dr. et patrimoine*, nov. 2014, n° 241, p. 26.

TOURNAIRE (V.). « La place du consentement dans le contrat d'adhésion », in *Le Consentement*, Montpellier : Faculté de droit et de science politique, 2018, p. 43.

TROCHU (M.). « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *D.*, 1993, chron. p. 315.

TRUCHET (D.). « Les définitions législatives », in *La confection de la loi*, DRAGO (R.) (dir.), Paris : PUF, 2005, p. 193.

USUNIER (L.) :

- « Les 10 ans du rapport *Doing Business* : l'heure d'un nouveau bilan ? », *RJ com.*, mars/avril 2013, n° 2, p. 129.
- « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *RTD civ.*, juin 2017, n° 2, p. 343.

UTZSCHNEIDER (Y.), LAMOTHE (A.). « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, juill. 2009, n° 3, p. 126.

VALETTE-ERCOLE (V.). « Violence économique et pratiques commerciales agressives », in *La violence économique*, PICOD (Y.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2017, p. 85.

VATINET (R.). « Association Henri Capitant. *Les droits de tradition civiliste en question : A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale* », *RTD civ.*, déc. 2006, n° 4, p. 845.

VERKINDT (P.-Y.). « Préface : derrière le contrat, le lien... », in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (dir.), Coll. Droit et société, Paris : LGDJ, 2007, p. 7.

VINEY (G.). « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », *D.*, oct. 1994, n° 36, p. 301.

VOGEL (L.). « Recodification civile et renouvellement des sources internes », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 159.

WALINE (M.). « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. 1 : théorie générale du droit*, Bruxelles : Bruylant, Paris : Sirey, 1963, p. 359.

WALTER (J.-B.). « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », *R.R.J.*, 2011-1, p. 339.

WALTZ-TERACOL (B.). « Le contrat d'assurance est-il un contrat d'adhésion ? », *R.G.D.A.*, mars 2020, n° 3, p. 6.

WICKER (G.) :

- « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.*, juill. 2015, n° 27, p. 1557.
- « L'auteur du contrat d'adhésion », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 51.

WITZ (C.) :

- « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.*, fév. 2000, n° 5, p. 79 ;
- « L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris : Litec-Dalloz, 2004, p. 687 ;
- « Effets, interprétation et qualification du contrat », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 318 ;
- « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, oct. 2015, n° 35, p. 2021 ;
- « La nouvelle définition du contrat d'adhésion et ses effets sur les clauses sources de déséquilibre significatif », *Lamy droit des affaires*, sept. 2018, n° 140, p. 33.

ZABEL (A.-L.). « L'application de l'article 1171 du Code civil refusée à une clause de réduction de la prescription contenue dans un contrat de travail », *Petites Affiches*, mai 2021, n° 90, p. 16.

ZENATI (F.). « Les notions de code et de codification », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Paris : Litec, 1998, p. 217.

○ **Commentaires, notes et observations de jurisprudence :**

ADOM (J. K.). Note ss Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ. IV*, n° 261, *JCP E*, mars 1997, n° 12, II, 924, p. 49.

AUBERT (J.-L.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ. I*, n° 153, *Defrénois*, mars 1991, n° 6, p. 366 ;
- Note ss Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ. IV*, n° 338, *Defrénois*, nov. 1993, n° 22, p. 1377.

AVENA-ROBARDET (V.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n° 00-13.342 et n° 00-19.001, *Bull. civ. I*, n° 19, *D.*, mars 2003, n° 10, p. 693 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ. I*, n° 190, *D.*, août 2004, n° 29, p. 2150.

AYNES (L.) :

- Note ss Cass. civ. 3^{eme}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ.* III, n° 166, *Dr. et patrimoine*, janv. 2006, n° 144, p. 87 ;
- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, RDC, oct. 2007, n° 4, p. 1107.

AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.). Cass. civ. 3^{eme}, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, *Bull. civ.* III, n° 275, *Dr. et patrimoine*, juill.-août 2010, n° 194, p. 103.

BARBIER (H.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *Bull. civ.* I, n° 35, *RTD civ.*, oct. 2014, n° 3, p. 641 ;
- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *RTD civ.*, juin 2017, n° 2, p. 383.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- Note ss Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ.* IV, n° 113, RDC, déc. 2003, n° 1, p. 152 ;
- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, RDC, sept. 2015, n° 3, p. 523 ;
- Note ss Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, inédit, arrêt *Carrefour*, RDC, mars 2017, n° 1, p. 81 ;
- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *JCP G*, mars 2017, n° 10, étu. 255, p. 436 ;
- Note ss Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, n° 1, p. 78, *JCP E*, mai 2020, n°s 21-22, p. 36.

BERLAUD (C.) :

- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *Gaz. Pal.*, fév. 2017, n° 7, p. 34 ;
- Note ss Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *Bull. civ.*, n° 9, p.62, *Gaz. Pal.*, déc. 2019, n° 44, p. 38.
- Note ss Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, n° 1, p. 78, *Gaz. Pal.*, fév. 2020, n° 5, p. 36.

BERNHEIM-DESVAUX (S.) :

- Comm. ss Cass. civ. 3^{eme}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ.* III, n° 905, *Contrats, conc., consom.*, avr. 2016, n° 4, comm. 105, p. 36 ;
- Comm. ss Cass. civ. 2^{eme}, 14 avr. 2016, n°s 15-16.625 et 15-22.147, *Bull. civ.* II, n° 1235, *Contrats, conc., consom.*, juin 2016, n° 6, p. 59.

BOUDOU (M.) : Note ss T. com. Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, *Lamy concurrence*, janv. 2021, n° 101, p. 33.

BOULOC (B.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 3 déc. 1991, n° 89-20.856, *Bull. civ.* I, n° 342, *RTD com.*, sept. 1992, n° 3, p. 659 ;

Bibliographie

- Note ss Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Bull. civ.* IV, n° 87, arrêt *Le Galec*, *RTD com.*, oct. 2015, n° 3, p. 578.

BROS (S.) :

- Note ss Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-18.700, inédit, *AJ Contrat*, nov. 2014, n° 8, p. 326 ;
- Note ss Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Bull. civ.* IV, n° 87, arrêt *Le Galec*, *AJ Contrat*, août-sept. 2015, n°s 8-9, p. 379.

BUY (F.) :

- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *D.*, mai 2015, n° 17, p. 1021 ;
- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *D.*, mars 2017, n° 9, p. 481 ;
- Note ss Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *Bull. civ.*, n° 9, p. 62, *AJ Contrat*, janv. 2020, n° 1, p. 35 ;
- Note ss Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, n° 1, p. 78, *JCP G*, mars 2020, n° 11, p. 525.

CARVAL (S.). Note ss Cass. civ. 3^{eme}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ.* III, n° 905, *AJ Contrat*, avr. 2016, n° 4, p. 200.

CASEY (J.). Note ss Cass., com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ.* IV, n° 188, *D.*, avr. 1998, n° 16, p. 208.

CATTALANO-CLOAREC (G.). Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *Essentiel droit des contrats*, mars 2017, n° 3, p. 1.

CHAGNY (M.) :

- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *RTD com.*, oct. 2015, n° 3, p. 486 ;
- Note ss Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Bull. civ.* IV, n° 87, arrêt *Le Galec*, *RTD com.*, juill. 2017, n° 3, p. 601 ;
- Note ss Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043, inédit, arrêt *EMC Distribution*, *RTD com.*, mai 2016, n° 1, p. 81 ;
- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *RTD com.*, nov. 2017, n° 3, p. 601 et 603.

CHANTEPIE (G.) :

- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *AJ Contrat*, mai 2015, n° 5, p. 218 ;
- Note ss Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, n° 1, p. 78, *AJ Contrat*, mars 2020, n° 3, p. 153.

CHAUVEL (P.). Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ.* I, n° 190, *Dr. et patrimoine*, nov. 2004, n° 131, p. 81.

CHAZAL (J.-P.) :

- Note ss Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *JCP G*, juill. 1998, n° 29, doct. 152, p.1315 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169, *D.*, déc. 2000, n° 43, p. 879.

CONSTANTIN (L.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *Bull. civ.* I, n° 35, *AJCA*, mai 2014, n° 2, p. 79.

DELEBECQUE (P.) :

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994, n° 91-19.424, *Bull. civ.* I, n° 8, *Defrénois*, juin 1994, n° 11, p. 821 ;
- Note ss Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *D.*, juin 1997, n° 22, p. 175 ;
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *Bull. civ.* I, n° 316, *Defrénois*, mars 1999, n° 6, p. 367 ;
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169, *Defrénois*, oct. 2000, n° 19, p. 1124 ;
- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *Lamy droit civil*, fév. 2008, n° 46, p. 6.

DISSAUX (N.). Note ss Cass com., Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *Bull. civ.*, n° 9, p. 62, *JCP G*, janv. 2020, n° 1, p. 26.

DOIREAU (S.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ.* I, n° 190, *Lamy droit civil*, sept. 2004, n° 8, p. 13.

FABRE-MAGNAN (M.). Doctr. ss Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *JCP G*, fév. 1997, n° 8, I, 4002, p. 88.

FAGES (B.) :

- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *RTD civ.*, déc. 2007, n° 4, p. 773 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, *Bull. civ.* III, n° 275, *RTD civ.*, mars 2010, n° 1, p. 105.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *D.*, déc. 2007, n° 42, p. 2972 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, *Bull. civ.* III, n° 275, *D.*, fév. 2011, n° 7, p. 480.

FERRIER (D.) :

- Note ss Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338, *D.*, mars 1995, n° 10, p. 85 ;
- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *D.*, avr. 2015, n° 16, p. 947.

GAUTIER (P.-Y.) :

- Note ss Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 277 : *RTD civ.*, mars 1999, n° 3, p. 646 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169, *RTD. civ.*, oct.-déc. 2000, n° 4, p. 863 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ.* I, n° 190, *RTD civ.*, sept. 2004, n° 4, p. 749 ;
- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux, D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2844 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *Bull. civ.* I, n° 35, *RTD civ.*, juill. 2014, n° 2, p. 397.

GAZIN (F.). Note ss CJUE, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammern*, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Europe*, août 2012, n°s 8-9, 346, p. 53.

GHESTIN (J.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ.* I, n° 153, *D.*, sept. 1991, n° 32, p. 449.

GRIDEL (J.-P.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ.* I, n° 108, *D.*, juin 2002, n° 23, p. 1860.

GRIMALDI (C.). Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec, RDC*, sept. 2017, n° 3, p. 470.

GROUDEL (H.). Comm. Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 15 avr. 2010, n° 09-11.667, inédit, *Respon. civile et assurances*, juill. 2010, n°s 7-8, 202, p. 38.

GUEGUEN (J.-M.). Note ss Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *D.*, sept. 1999, n° 33, p. 352.

GUEZ (P.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-21.491, *Bull. civ.* I, n° 203, *D.*, mars 1994, n° 13, p. 169.

HADJ-AÏSSA (H.). Note ss Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, n° 1, p. 78, *Petites Affiches*, mars 2020, n° 53, p. 14.

HOUTCIEFF (D.) :

- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux, JCP G*, sept. 2007, n° 38, II, 10154, p. 23 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, *Bull. civ.* III, n° 275, *Gaz. Pal.*, avr. 2010, n° 98, p. 20 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ.* III, n° 905, *Gaz. Pal.*, avr. 2016, n° 16, p. 25 ;
- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec, Gaz. Pal.*, avr. 2017, n° 15, p. 37.

JAMIN (C.) :

- Comm. ss Cass com., 30 janv. 1996, n° 94-13.799, inédit : *JCP E*, juin 1996, n° 23, II, 825, p. 139 ;
- Doctr. ss Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 277, *JCP G*, juin 1999, n° 23, I, 143, p. 1078 ;

- Comm. ss Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, inédit : *JCP G*, oct. 2002, n° 41, II, 10157, p. 1812 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ.* III, n° 5, *JCP G*, mars 2007, n° 11, II, 10042, p. 41.

LAITHIER (Y.-M.) :

- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ.* III, n° 166, *RDC*, avr. 2006, n° 3, p. 314 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ.* III, n° 5, *RDC*, juill. 2007, n° 3, p. 703.

LAITHIER (Y.-M.), MAZEAUD (D.). Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, *Bull. civ.* III, n° 275, *RDC*, avr. 2010, n° 2, p. 561.

LARROUMET (C.). Chron. ss Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *D.*, janv. 1997, n° 1, p. 145 ;

LE GAC-PECH (S.) :

- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *JCP E*, avr. 2015, n°s 17-18, étu. 1207, p. 36 ;
- Note ss Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043, inédit, arrêt *EMC Distribution*, *JCP E*, janv. 2016, n° 3, p. 46 ;
- Note ss Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, inédit, arrêt *Carrefour*, *JCP E*, janv. 2017, n° 4, p. 36 ;
- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *JCP E*, mars 2017, n° 10, p. 36.

LE GALLOU (C.) :

- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ.* III, n° 166, *Lamy droit civil*, déc. 2005, n° 22, p. 10 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *Bull. civ.* I, n° 35, *Lamy droit civil*, mai 2014, n° 115, p. 14 ;
- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan* ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *Lamy droit civil*, mai 2015, n° 126, p. 17.

LEGEAIS (D.):

- Note ss Cass., com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ.* IV, n° 188, *JCP E*, oct. 1997, n° 44, 1007, p. 235.
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n° 17-13.593, *Bull. civ.* I, n° 80, *RTD com.*, juill. 2018, n° 2, p. 432.

LEROY (G.), BEAUMONT (S.). Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec*, *Lamy affaires*, avr. 2017, n° 125, p. 14.

LEVENEUR (L.) :

- Comm. ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169, *Contrats, conc., consom.*, oct. 2000, n° 10, comm. 142, p. 13 ;

Bibliographie

- Comm. ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108, *Contrats, conc., consom.*, août-sept. 2002, n°s 8-9, comm. 121, p. 18 ;
- Comm. ss Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, *Bull. civ.*, IV, n° 81, *Contrats, conc., consom.*, oct. 2002, n° 10, comm. 134, p. 13 ;
- Comm. ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ. I*, n° 190, *Contrats, conc., consom.*, nov. 2004, n° 11, comm. 151, p. 17 ;
- Comm. ss Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ. III*, n° 166, *Contrats, conc., consom.*, janv. 2006, n° 1, comm. 1, p. 10 ;
- Comm. ss Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ. III*, n° 5, *Contrats, conc., consom.*, mai 2007, n° 5, comm. 117, p. 13 ;
- Obs. ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *Contrats, conc., consom.*, déc. 2007, n° 12, comm. 294, p. 15 ;
- Comm. ss Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-16.523, inédit, *Contrats, conc., consom.*, mars 2008, n° 3, comm. 62, p. 16.

LICARI (F.-X.). Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ. IV*, n° 13, arrêt *Le Galec*, *Lamy droit civil*, mai 2017, n° 148, p. 10.

LOIR (R.) :

- Chron. ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *Bull. civ. I*, n° 35, *JCP E*, juin 2014, n° 26, 1351, p. 31.
- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ. IV*, n° 42, arrêt *Eurachan* ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *JCP E*, juin 2015, n° 25, p. 34, n° 7.

LOISEAU (G.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 169, *JCP G*, janv. 2001, n° 4, p. 195 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108, *Dr. et patrimoine*, sept. 2002, n° 107, p. 26 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ. III*, n° 166, *JCP G*, déc. 2005, n° 50, II, 10173, p. 2313 ;
- Comm. ss CJUE, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Contrats, comm. élec.*, oct. 2012, n° 10, comm. 110, p. 26.

LYON-CAEN (A.). Note ss Cass. soc., 25 fév. 1992, n° 89-41.634, *Bull. civ. V*, n° 122, *D.*, sept. 1992, n° 31, p. 294.

MAINGUY (D.). Note ss Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ. IV*, n° 113, *JCP G*, fév. 2003, n° 6, II, 10023, p. 247.

MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.). Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *JCP E*, nov. 2007, n° 46, 2394, p. 32.

MALAURIE-VIGNAL (M.). Comm. ss Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21.172, inédit, *Contrats, conc., consom.*, juin 2002, n° 6, comm. 94, p. 22.

MALEVILLE (M.-H.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *Bull. civ. I*, n° 316, *RGAT*, janv. 1999, n° 1, p. 96.

MATHEY (N.) :

- Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ. IV*, n° 42, arrêt *Eurachan* ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*, *Contrats, conc., consom.*, mai 2015, n° 5, comm. 115, p. 50 ;
- Comm. ss Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Bull. civ. IV*, n° 87, arrêt *Le Galec*, *Contrats, conc., consom.*, oct. 2015, n° 10, comm. 229, p. 26 ;
- Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ. IV*, n° 13, arrêt *Le Galec*, *Contrats, conc., consom.*, avr. 2017, n° 4, comm. 77, p. 24 ;
- Note ss Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27.865, inédit, arrêt *Darty*, *Contrats, conc., consom.*, juill. 2017, n° 7, comm. 146, p. 79 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27.967, *Bull. civ.*, n° 2, p. 94, *Contrats, conc., consom.*, mai 2019, n° 5, comm. 86, p. 31 ;
- Note ss T. com. Paris, ch. 1, 2 sept. 2019, n° JurisData : 2019-016984, *Contrats, conc., consom.*, nov. 2019, n° 11, comm. 177, p. 23 ;
- Comm. ss Cass. com., Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *Bull. civ.*, n° 9, p. 62, *Contrats, conc., consom.*, janv. 2020, n° 1, comm. 6, p. 27 ;
- Comm. ss Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, p. 78, *Contrats, conc., consom.*, mars 2020, n° 3, comm. 43, p. 28 ;
- Comm. Cass. com., 7 juill. 2021, n°s 19-22.807 et 19-22.956, inédit, *Contrats, conc., consom.*, oct. 2021, n° 10, comm. 151, p. 17.

MAZEAUD (D.) :

- Note ss Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ. IV*, n° 261, *Defrénois*, mars 1997, n° 5, p. 333 ;
- Note ss Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ. IV*, n° 277, *Defrénois*, mars 1999, n° 6, p. 371 ;
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 169, *D.*, avr. 2001, n° 14, p. 1140 ;
- Note ss Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, inédit, *D.*, oct. 2002, n° 37, p. 2841 ;
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108, *D.*, oct. 2002, n° 37, p. 2844 ;
- Note ss Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ. IV*, n° 113, *D.*, janv. 2003, n° 2, p. 93 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ. I*, n° 190, *D.*, juill. 2005, n° 27, p. 1828 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ. III*, n° 166, *D.*, mars 2006, n° 11, p. 761 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ. III*, n° 5, *D.*, avr. 2007, n° 15, p. 1051 ;
- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1110 ;

- Note ss Cass. civ. 3^{eme}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ.* III, n° 905, *Gaz. Pal.*, mars 2016, n° 12, p. 20 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 3 mai 2018, n° 17-13.593, *Bull. civ.* I, n° 80, *D.*, juin 2018, n° 24, p. 1355.

MEKKI (M.):

- Note ss Cass. civ. 2^{eme}, 14 avr. 2016, n°s 15-16.625 et 15-22.147, *Bull. info.* II, n° 849, *D.*, fév. 2017, n° 7, p. 375 ;
- Chron. ss Cass. civ. 3^{eme}, 15 fév. 2018, n° 17-11.329, *Bull. civ.* III, n° 21, *JCP N*, juin 2019, n° 24, 1211, p. 30.

MESTRE (J.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ.* I, n° 153, *RTD civ.*, sept. 1991, n° 3, p. 526 ;
- Note ss Cass. soc., 25 fév. 1992, n° 89-41.634, *Bull. civ.* V, n° 122, *RTD civ.*, déc. 1992, n° 4, p. 760 ;
- Note ss Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338, *RTD civ.*, mars 1993, n° 1, p. 124 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 6 janv. 1994, n° 91-19.424, *Bull. civ.* I, n° 8, *RTD civ.*, sept. 1994, n° 3, p. 601 ;
- Note ss Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *RTD civ.*, juin 1997, n° 2, p. 418 ;
- Note ss Cass. com., 28 avr. 1998, n° 95-20.290, inédit, *RTD civ.*, mars 1999, n° 1, p. 81.
- Note ss Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 277, *RTD civ.*, mars 1999, n° 1, p. 98.

MESTRE (J.), FAGES (B.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169, *RTD civ.*, déc. 2000, n° 4, p. 827 ;
- Note ss Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, inédit, *RTD civ.*, juin 2002, n° 2, p. 294 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ.* I, n° 108, *RTD civ.*, juill.-sept. 2002, n° 3, p. 502 ;
- Note ss Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ.* IV, n° 113, *RTD civ.*, oct. 2002, n° 4, p. 810 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 21 janv. 2003, 21 janv. 2003, n° 00-13.342 et n° 00-19.001, *Bull. civ.* I, n° 19, *RTD civ.*, juin 2003, n° 2, p. 292 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ere}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ.* I, n° 190, *RTD civ.*, janv. 2005, n° 1, p. 126 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{eme}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ.* III, n° 166, *RTD civ.*, déc. 2005, n° 4, p. 776 ;

Bibliographie

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 03-18.467, *Bull. civ. I*, n° 377, *RTD civ.*, mars 2006, n° 1, p. 107 ;
 - Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ. III*, n° 5, *RTD civ.*, juin 2007, n° 2, p. 335.
- MOLFESSIS (N.). Note ss Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ. IV*, n° 261, *RTD civ.*, janv.-mars 1998, n° 1, p. 213.
- MOUSSERON (P.). Note ss Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ. IV*, n° 113, *Petites Affiches*, oct. 2002, n° 215, p. 5.
- PAISANT (G.) :
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ. I*, n° 153, *JCP G*, nov. 1991, n° 48, II, 21763, p. 416 ;
 - Comm. ss Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994, n° 91-19.424, *Bull. civ. I*, n° 8, *JCP G*, avr. 1994, n°s 13-14, II, comm. 22237, p. 132 ;
 - Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2011, n° 08-14.402, *Bull. civ. I*, n° 23, *JCP G*, avr. 2011, n° 11, p. 684.
- PEGLION-ZIKA (C.-M.). Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ. III*, n° 905, *D.*, mars 2016, n° 11, p. 639.
- PICOD (Y.) :
- Comm. ss Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ. IV*, n° 277, *JCP G*, déc. 1999, n° 48, II 10210, p. 2151 ;
 - Note ss Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, inédit, arrêt *Carrefour, D.*, déc. 2016, n° 42, p. 2489.
- PITRAS (A.). Note ss T. com. Paris, ch. 1, 2 sept. 2019, n° JurisData : 2019-016984, *Petites Affiches*, déc. 2019, n° 261, p. 5.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.). Note ss Cass. com., 6 avr. 1999, n° 96-20.606, inédit, *RTD com.*, mars 2000, n° 1, p. 257.
- RAYMOND (G.). Comm. ss CJUE, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Contrats, conc., consom.*, déc. 2012, n° 12, comm. 292, p. 42.
- RAYNAUD (J.). Note ss Cass., com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ. IV*, n° 188, *Petites affiches*, janv. 2000, n° 15, p. 12.
- ROBINEAU (M.). Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 3 juill. 2014, n° 13-21.734, inédit, *RTDI*, oct. 2014, n° 4, p. 43.
- RODA (J.-C.). Note ss T. com. Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, *AJ Contrat*, déc. 2020, n° 12, p. 543.
- ROVINSKI (J.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108, *Gaz. Pal.*, janv.-fév. 2003, n° 24, p. 18.
- RUSQUEC (E. du). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1999, n° 96-19.469, *Bull. civ. I*, n° 51, *Gaz. Pal.*, oct. 2000, n° 287, p. 15.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.). Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ. III*, n° 905, *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 109.

SAVAUX (E.) :

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108, *Defrénois*, oct. 2002, n° 19, p. 1246 ;
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ. III*, n° 5, *Defrénois*, mars 2007, n° 6, p. 443 ;
- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *Defrénois*, oct. 2007, n° 20, p. 1454.

SECNAZI (R.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 169, *JCP E*, mars 2001, n° 13, p. 571.

SERIAUX (A.). Note ss Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ. IV*, n° 261, *D.*, mars 1997, n° 10, p. 121.

SERRA (Y.). Note ss T. com. Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, *D.*, déc. 2020, n° 43, p. 2426.

SEUBE (J.-B.) :

- Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552 et n° 10-10.843, *Bull. civ. II*, n° 126, *Defrénois*, oct. 2011, n° 18, p. 1485 ;
- Chron. ss Cass. civ. 2^{ème}, 14 avr. 2016, n°s 15-16.625 et 15-22.147, *Bull. info. II*, n° 849, *JCP E*, juin 2016, n° 24, p. 36.

STOFFEL-MUNCK (P.) :

- Comm. ss Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21.172, inédit, *Contrats, comm. élec.*, avr. 2002, n° 4, comm. 61, p. 26 ;
- Note ss Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21.172, inédit, *D.*, juin 2002, n° 24, p. 1974 ;
- Comm. ss Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, *Bull. civ.*, IV, n° 81, *JCP G*, sept. 2002, n° 39, II, 10146, p. 1693 ;
- Note ss Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ. IV*, n° 113, *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 50 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ. I*, n° 190, *RDC*, avr. 2005, n° 2, p. 275 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, n° 04-12.725, inédit, *Contrats, comm. élec.*, janv. 2006, n° 1, comm. 10, p. 33.
- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ. III*, n° 5, *D.*, avr. 2007, n° 15, p. 1054 ;
- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188, arrêt *Les Maréchaux, Dr. et patrimoine*, sept. 2007, n° 162, p. 91 ;
- Note ss Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188, arrêt *Les Maréchaux, D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2839.

SZAMES (S.). Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 169, *Petites Affiches*, nov. 2000, n° 233, p. 18.

TREARD (S.). Note ss Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ. IV*, n° 42, arrêt *Eurachan* et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera, D.*, mai 2015, n° 17, p. 997.

TURGNE (F.). Note ss Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-14.626, *Bull. civ.* IV, n° 82, *R.G.D.A.*, juin 2014, n° 11, p. 357.

VANNI (P.), MARTIN (A.-C.). Note ss Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Le Galec, Lamy concurrence*, mars 2017, n° 59, p. 17.

VINEY (G.). Doctr. ss Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *JCP G*, mai 1997, n° 22, I, 4025, p. 241.

VIRASSAMY (G.) :

- Note ss Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338, *JCP G*, nov. 1993, n° 46, II, 22164, p. 469 ;
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1999, n° 96-19.469, *Bull. civ.* I, n° 51, *JCP G*, déc. 1999, n° 1, I, 191, p. 2292 ;
- Chron. ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ.* I, n° 108, *JCP G*, nov. 2002, n° 48, I, 184, p. 2114.

ZABEL (A.-L.). Note ss CA de Paris, 10 fév. 2021, n° 18/11116, *Petites Affiches*, mai 2021, n° 90, p. 16.

- **Bibliographie québécoise**

- **Ouvrages généraux :**

BAUDOIN (J.-L.) :

- *Traité élémentaire de droit civil : les obligations*, Montréal : PUM, 1970, 431 p.
- *Les obligations*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1983, 693 p.
- *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 1989, 746 p.
- *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 1993, 805 p.

BAUDOIN (J.-L.), JOBIN (P.-G.). *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 1998, 1217 p.

BAUDOIN (J.-L.), KARIM (V.) :

- *Droit des obligations : recueil de jurisprudence*, 2^e éd., Montréal : Ed. Thémis, 1996, 1117 p.
- *Droit des obligations : recueil de jurisprudence*, 3^e éd., Montréal : Ed. Thémis, 2001, 1498 p.

CÔTE (P.-A.), BEAULAC (S.), DEVINAT (M.). *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal : Ed. Thémis, 2009, 865 p.

EMOND (A.), LAUZIÈRE (L.). *Introduction à l'étude du droit*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2005, 219 p.

GARDNER (D.), LEVESQUE (F.), TANCELIN (M.). *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 12^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2017, 1431 p.

GRAMMOND (S.), DEBRUCHE (A.-F.), CAMPAGNOLO (Y.). *Quebec Contract Law*, Coll. Bleue, 2nd ed., Montréal : Wilson & Lafleur, 2016, 323 p.

JOBIN (P.-G.), VEZINA (N.) :

- *Les obligations*, BAUDOUIN (J.-L.), JOBIN (P.-G.) (dir.), 6^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 2005, 1755 p.
- *Les obligations*, BAUDOUIN (J.-L.), JOBIN (P.-G.) (dir.), 7^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 2013, 1934 p.

KARIM (V.) :

- *Commentaires sur les obligations, vol. 1 (art. 1371 à 1496 C.c.Q.)*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1997, 548 p.
- *Les obligations, vol. 1 : Articles 1371 à 1496*, 2^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2002, 786 p.
- *Les obligations, vol. 1 : Articles 1371 à 1496*, 3^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2009, 1341 p.
- *Les obligations, vol. 1 : Articles 1371 à 1496*, 4^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2015, 1652 p.

L'HEUREUX (N.), LACOURSIERE (M.). *Droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville : Ed. Y. Blais, 2011, 911 p.

LAREAU (E.). *Histoire du droit canadien : depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. 2, Montréal : LGDJ, 1889, 544 p.

LE MAY (D.), TREMBLAY (G.). *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, 4^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2009, 179 p.

LEMIEUX (R.). *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal : LGDJ, 1901, 483 p.

LLUELLES (D.), MOORE (B.) :

- *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal : Thémis, 1998, 936 p. ;
- *Droit des obligations*, Montréal : Thémis, 2006, 2324 p. ;
- *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal : Thémis, 2012, 2432 p. ;
- *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal : Thémis, 2018, 2472 p.

MIGNAULT (P.-B.). *Le droit civil canadien*, t. V, Montréal : C. Théoret, 1901, 705 p.

PINEAU (J.), BURMAN (D.). *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal : Thémis, 1988, 542 p.

PINEAU (J.), BURMAN (D.), GAUDET (S.). *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal : Ed. Thémis, 1996, 842 p.

PINEAU (J.), GAUDET (S.). *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal : Thémis, 2001, 1006 p.

TANCELIN (M.) :

- *Des obligations : contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 1988, 750 p. ;
- *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 1997, 836 p. ;
- *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2009, 1092 p. ;
- *Jurisprudence sur les obligations*, Québec : PUL, 1973, 655 p.

TRUDEL (G.). *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal : Wilson & Lafleur, 1946, 542 p.

○ **Monographies, ouvrages spéciaux, thèses :**

ALBERTS (J.). *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, Université Laval : 1997, 172 p.

BELANGER (A.). *Théorisation sur le droit des contrats : propositions exploratoires*, Coll. Dikè, Québec : PUL, 2014, 253 p.

BELLEY (J.-G.). *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, préf. LEBEL (L.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1998, 345 p.

BERTHOLD (G.-A.). *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre ? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, préf. MOORE (B.), Coll. Minerve, Montréal : Ed. Y. Blais, 2016, 170 p.

CARON (V.). *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, préf. MOORE (B.), Montréal : Ed. Thémis, 2016, 428 p.

CUMYN (M.). *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. de droit privé, Paris : LGDJ, 2002, 300 p.

CREPEAU (P.-A.). *La réforme du droit civil canadien : une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, Montréal : Thémis, 2003, 211 p.

CROTEAU (N.). *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Université de Montréal : 1994, 183 p.

GAGNON (J. H.). *La franchise au Québec*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2003, 889 p.

GENDRON (F.). *L'interprétation des contrats*, préf. BAUDOIN (J.-L.), Montréal : Wilson & Lafleur, 2002, 225 p.

GHESTIN (J.). *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français : principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal : Université McGill (Institut de droit comparé), 1982, 321 p.

GIGUERE (N.). *La notion de contrat d'adhésion en droit civil*, mémoire de la faculté de droit de Laval, 1996, 135 p.

GILBERT (F. P.). *Le droit de la franchise au Québec*, préf. GAGNON (J. H.), BAUDOIN (J.-L.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 549 p.

GREGOIRE (M. A.) :

- *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Coll. Minerve, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, 111 p.
- *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Coll. Minerve, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, 300 p.

JODOIN (C.). *Le Code civil de la province de Québec dans son contexte historique et juridique*, Coll. Justice nouvelle, Montréal : Guérin, 1982, 511 p.

JUNEAU (M.). *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de l'Université Laval, Québec, 2009, 270 p.

- LAMONTAGNE (D.-C.).** *Droit spécialisé des contrats, vol. 2 : les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1999, 620 p.
- MASSOL (G.).** *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Coll. Minerve, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1989, 143 p.
- MATHIEU (P.-A.).** *La nature juridique du contrat de franchise*, préf. CIOTOLA (P.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1989, 180 p.
- PICOTTE (M.-A.).** *Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion)*, Université de Montréal, 2018, 104 p.
- ROCHER (G.).** *Le « laboratoire » des réformes dans la Révolution tranquille*, Coll. Grandes conférences Desjardins, Montréal : McGill, 2001, 31 p.
- ROUSSEAU (G.).** *L'Etat-Nation face aux régions : une histoire comparée du Québec et de la France*, Coll. Cahiers des Amériques, Québec : Septentrion, 2016, 525 p.
- TESTARD DE MONTIGNY (B.A.).** *Histoire du droit canadien*, Montréal : Eusèbe Sénéchal, 1869, 984 p.
- TRUDEL (G.).** *Lésion et contrat*, Montréal : PUM, 1965, 183 p.
- YOUNG (B.).** *The Politics of Codification : The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Osgoode Society of Canadian Legal History / McGill-Queen's University Press : Montréal, Kingston, London, Buffalo, 1994, 264 p.

○ **Rapports et études :**

Premier rapport des Commissaires à la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles, nommés en vertu du Statut 20 Vic. Chap. 43.

Rapport sur les obligations, Comité du droit des obligations de l'Office de Révision du Code civil, Montréal, 1975.

Rapport sur le Code civil du Québec, Office de Révision du Code civil, vol. 2, Projet de Code civil, Québec, Editeur officiel, 1978.

Mémoires portant sur l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (1987) dans l'ordre chronologique :

- Mémoire de l'Association des banquiers canadiens, août 1988 ;
- Mémoire de la Chambre de commerce du Québec, août 1988 ;
- Mémoire de la Chambre des notaires du Québec, oct. 1988 ;
- Mémoire de la Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec, sept. 1988 ;
- Mémoire de la Fédération Nationale des Associations de Consommateurs du Québec, oct. 1988 ;
- Mémoire du Barreau du Québec, oct. 1988.

Mémoires portant sur le Projet de loi 125 (1991) dans l'ordre chronologique :

- *La réforme du Code civil : quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée Nationale le 18 décembre 1990 ;*

- *Mémoire du Barreau du Québec sur le Code civil du Québec (Projet de loi 125) : Livre V – Des obligations : théorie générale des obligations*, Montréal : Service de recherche et de législation, 1991, 36 p. ;
- *Commentaires du ministre de la Justice, t. 1, le Code civil du Québec*, Québec : Les Publications du Québec, 1993, 1144 p. ;
- *Code civil du Québec : loi sur l'application de la réforme du Code civil et commentaires du Ministre de la Justice*, Montréal : DAFCO, 1995, 1309 p.

o **Articles et chroniques :**

Anonyme, « De la codification des lois du Canada », *R. de L.*, mai 1846, vol. 1, n° 8, p. 337.

ALLARD (F.) :

- « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit fédéral », *R. du B. Can.*, 2009, vol. 88, n° 2, p. 275 ;
- « La disposition préliminaire et les dispositions finales du Code civil du Québec, clés d'accès aux rapports entre le code et les sources externes au Code », in *Les livres du Code civil du Québec*, BUREAU (M.-F.), DEVINAT (M.) (dir.), Sherbrook : Les Editions R.D.U.S, 2014, p. 7.

ANGUS (D.). « Abuse of rights in contractual matters in the Province of Quebec », *R.D. McGill*, 1962, vol. 8, p. 150.

ARBOUR (M.-A.), RACINE (V.). « Itinéraires du trouble de voisinage dans l'espace normatif », *C. de D.*, juin 2009, vol. 50, n° 2, p. 327.

AZARD (P.) :

- « Le contrat d'adhésion », *R. du B.*, sept. 1960, t. 20, n° 7, p. 337 ;
- « Le droit québécois, pièce maîtresse de la civilisation canadienne-française », *C. de D.*, avr. 1963, vol. 5, n° 2, p. 7 ;
- « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », *R. du B. Can.*, déc. 1965, vol. 43, n° 4, p. 553.

BARCELO (J.). « Les abus de droit », *R.J.T.*, oct. 1954, vol. 5, n° 13, p. 28.

BAUDOIN (J.-L.) :

- « Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse ? », *R. du B. Can.*, sept. 1966, vol. 44, n° 3, p. 391 ;
- « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada », *R. du B. Can.*, déc. 1975, vol. 53, n° 4, p. 715 ;
- « La protection du consommateur et la formation des contrats civils et commerciaux », *R. du B.*, janv. 1975, t. 35, n° 1, p. 31 ;
- « Réflexions sur le processus de recodification du Code civil », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 817 ;
- « Conférence de clôture », in *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Les journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1990, p. 219 ;

- « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », *in Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 13 ;
- « Conférence de clôture », *in Le Nouveau Code civil : interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1993, p. 319 ;
- « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », *in Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 29 ;
- « Le Comité aviseur sur la politique législative du Nouveau Code civil », *in Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 321 ;
- « Les modèles du Code civil : l'exemple québécois », *in Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, REVET (T.) (dir.), Coll. Biblio. de l'Institut André Tunc, Paris ; LGDJ, p. 517 ;
- « Québec », *in Les droits de tradition civiliste en question : A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale* (contribution des autres groupes de l'association H. Capitant), vol. 2, Société de législation comparée : Paris, 2006, p. 121 ;
- « Quel avenir pour le *Code civil du Québec* ? », *R. du B. Can.*, 2009, vol. 88, n° 2, p. 497.

BAUDOIN (J.-L.), JOBIN (P.-G.). « Le code civil français et les codes civils québécois », *in Le Code civil 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz-Litec, 2004, p. 629.

BAUDOIN (L.). « De certaines réformes nécessaires du droit québécois », *R.D. Ottawa*, 1968, vol. 2, n° 2, p. 363.

BEAULNE (J.), CODERE (D.). « Pour une révision de l'Avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation », *C. de D.*, déc. 1989, vol. 30, n° 4, p. 843.

BELANGER (A.), FOKOU (E.). « Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats », *R.G.D.*, 2019, vol. 49, n° 1, p. 5.

BELANGER (A.), MORARU (V.-D.), VAN DROM (A.). « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », *C. de D.*, mars 2010, vol. 51, n° 1, p. 51.

BELANGER (A.), POUDRIER-LEBEL (L.). « L'interprétation du contrat de cautionnement : une approche nouvelle quant à la formation et à la détermination du contenu du contrat », *C. de D.*, juin 2000, vol. 41, n° 2, p. 323.

BELANGER (A.), TABI-TABI (G.). « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *C. de D.*, sept. 2006, vol. 47, n° 3, p. 429.

BELANGER (A.), VIOREL-DRAGOS (M.), VAN DROM (A.). « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », *C. de D.*, mars 2010, vol. 51, n° 1, p. 51.

BELLEAU (M.-C.). « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *C. de D.*, sept. 1999, vol. 40, n° 3, p. 507.

BELLEY (J.-G.) :

- « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », *C. de D.*, déc. 1985, vol. 26, n° 4, p. 1045 ;
- « Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas », *C. de D.*, mars 1996, vol. 37, n° 1, p. 37 ;
- « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, LAFOND (P.-C.), Cowansville : Y. Blais, 2003, p. 119 ;
- « Présentation », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 1 ;
- « Rapport de synthèse : comment l'équité advient-elle dans la société de consommation ? », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 171.

BELLEY (J.-G.), CARON (V.). « Un grand arrêt, néanmoins critiquable : *Provigo Distribution c. Supermarché ARG* », in *Les grands arrêts*, Coll. Les grands classiques du droit civil, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2016, p. 285.

BELOBABA (E.P.). « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 », in *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, BERNIER (I.), LAJOIE (A.) (dir.), Ottawa : Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, p. 1.

BISSON (A.-F.) :

- « Effet de codification et interprétation », *R.G.D.*, 1986, vol. 17, n°s 1-2, p. 369 ;
- « Dualité des systèmes et codification civiliste », in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 39 ;
- « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions », *R.D.U.S.*, 1992, vol. 23, n° 1, p. 1 ;
- « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », *R.D. McGill*, 1999, vol. 44, n° 2, p. 539.

BRAS MIRANDA (G.). « Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois », *R.J.T.*, 1998, vol. 32, n° 3, p. 817.

BRIERLEY (J. E. C.) :

- « Quebec's Civil Law Codification : viewed and reviewed », *R.D. McGill*, 1968, vol. 14, n° 4, p. 521 ;
- « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence : PUAM, 1989, p. 103.
- « Quebec's "common laws" (*droits communs*) : how many are there ? », in *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Coll. Bleue, Montréal : Wilson & Lafleur, 1989, p. 109.
- « The renewal of Quebec's distinct legal culture : the new Civil Code of Quebec », *U. of T. L. J.*, 1992, vol. 42, n° 4, p. 484.

BRISSON (J.-M.). « Le Code civil, droit commun ? », in *Le Nouveau Code civil : interprétation et application*, CÔTE (P.-A.) (dir.), Journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1993, p. 292.

BROSSARD (A.). « The Law of Torts in Quebec », *R.J.T.*, déc. 1955, vol. 6, n° 8, p. 77.

BURMAN (D.). « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », in *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Les journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1990, p. 55.

CABRILLAC (R.). « Le nouveau code civil du Québec », *D.*, oct. 1993, n° 37, p. 267.

CAIRNS (J.W.). « Employment in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », *R.D. McGill*, juill. 1987, vol. 32, n° 3, p. 673.

CANTIN-CUMYN (M.). « Les innovations du Code civil du Québec, un premier bilan », *C. de D.*, mars-juin 2005, vol. 46, n°s 1-2, p. 463.

CARDINAL (J.-G.). « L'abus de droit », *R. du N.*, mai 1968, vol. 70, n° 10, p. 493.

CARON (M.). « De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil », in *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil (I)*, BOUCHER (J.), MOREL (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1970, p. 3.

CARON (V.) :

- « Interpréter un contrat sans rechercher l'intention commune des parties ? Illustration à l'aide de l'assurance automobile », *C. de D.*, déc. 2017, vol. 58, n° 3, p. 819 ;
- « Le contrat d'assurance, boule de cristal du contrat d'adhésion ? », in *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 89.

CHAMBERLAND (J.). « Le discours inaugural du sous-ministre de la Justice », in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 1.

CHARPENTIER (E.) :

- « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 299 ;
- « L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de transformation de la lésion », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 509 ;
- « L'article 1437 du Code civil du Québec : de l'art de lire un article qui surprend », in *Mélanges Jean Pineau*, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 233 ;
- « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *C. de D.*, mars 2004, vol. 45, n° 1, p. 69 ;
- « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle : l'exemple de la lésion en droit québécois », *R. du N.*, sept. 2008, vol. 110, n° 2, p. 545 ;
- « Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du Code civil du Québec », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 255 ;

- « A la recherche du juste : une présentation de Paul-André Crépeau, “le contenu obligationnel d’un contrat” », in *Les grands textes*, Coll. Les grands classiques du droit civil, LEFEBVRE (B.), MOORE (B.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2018, p. 299 ;
- « La notion de contrat d’adhésion et l’article 1379 du Code civil du Québec », in *Le contrat d’adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 77.

COIPEL (M.) :

- « Quelques réflexions sur le Titre 1 du Livre V du Projet de Code civil (spécialement en ce qui concerne la formation du contrat) », *R.J.T.*, 1979, n° 14, p. 435 ;
- « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l’utile », *R.J.T.*, 1990, vol. 24, n° 3, p. 486.

COSSETTE (A.). « La réforme du Code civil : objet et méthode », in *Code civil du Québec : contribution à l’histoire immédiate d’une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 209.

CREPEAU (P.-A.) :

- « Le contenu obligationnel d’un contrat », *R. du B. Can.*, mars 1965, vol. 43, n° 1, p. 22 ;
- « Préface », in *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil (I)*, BOUCHER (J.), MOREL (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1970, p. xiii ;
- « La réforme du Code civil du Québec », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1979, n° 2, p. 269 ;
- « Le droit civil et le droit de la protection du consommateur », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, n° 1, p. 13 ;
- « Les enjeux de la révision du Code civil », *Les enjeux de la révision du Code civil*, POUPART (A.) (dir.), Montréal : Faculté de l’éducation permanente – Université de Montréal, 1979, p. 11 ;
- « Les lendemains de la réforme du Code civil », *R. du B. Can.*, déc. 1981, vol. 59, n° 4, p. 625 ;
- « Le Code civil : Reflet des valeurs sociales d’un peuple », *Assurances*, 1982, vol. 1, p. 53 ;
- « La fonction du droit des obligations », *R.D. McGill*, 1998, vol. 43, n° 1, p. 729 ;
- « Réflexions sur la codification du droit privé », *Osgoode Hall L. J.*, 2000, vol. 38, n° 2, p. 267 ;
- « Une certaine conception de la recodification », in *Code civil du Québec : contribution à l’histoire immédiate d’une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 23 ;
- « Pour un droit commun de la lésion mixte entre majeurs », in *Mélanges Roger Comtois*, Montréal : Ed. Thémis, 2007, p. 229.

CROTEAU (N.) :

- « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 401.
- « L'intervention du tribunal dans les contrats », in *Développements récents en droit des contrats*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2000, p. 1.

CUMYN (M.) :

- « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *R.J.T.*, 2007, vol. 41, n° 41, p. 1 ;
- « La classification des catégories juridiques en droit comparé – métaphores taxonomiques », *R. du N.*, sept. 2008, vol. 110, n° 2, p. 1 ;
- « L'équité : définitions et concepts », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 1 ;
- « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *C. de D.*, sept. 2011, vol. 52, n°s 3-4, p. 351.

DALY (P.). « La bonne foi et la common law : l'arrêt *Bhasin c. Hrynew* », in *Le dialogue en droit civil*, TORRES-CEYTE (J.), BERTHOLD (G.-A.), PELADEAU M. (C.-A.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2018, p. 89.

DEVINAT (M.) :

- « Les définitions dans les codes civils », *C. de D.*, mars-juin 2005, vol. 46, n°s 1-2, p. 519 ;
- « La réception jurisprudentielle des définitions législatives », in *DICODEX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, LEFEBVRE (J.) (dir.), Coll. CEPRISCA, 2015, p. 199.

DUGRE (G.), MARTIN (S.). « Les contrats nommés », in *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Coll. Etudes juridiques, REMILLARD (G.) (dir.), Montréal : Wilson & Lafleur, 1995, p. 53.

DUSSAULT (R.). « Pourquoi un nouveau Code civil ? », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, p. 8.

DUVAL (A.) :

- « Rapport sur le principe d'égalité en droit civil canadien », TAHC, t. 14, Paris : Dalloz, 1965, p. 222 ;
- « Les vicissitudes du Code civil », *R. du N.*, sept.-oct. 1980, vol. 83, n°s 1-2, p. 75.

FABIEN (C.). « Philosophie et efficacité du droit civil », *C. de D.*, mars 1996, vol. 37, n° 1, p. 7.

FRECHETTE (P.). « La qualification des contrats : aspects théoriques », *C. de D.*, mars 2010, vol. 51, n° 1, p. 117.

GAGNON (J.H.). « Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec », in *Développements récents en droit commercial*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1995, p. 1.

GARDNER (D.). « Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel ? : *Houle c. Banque canadienne nationale* », *R. du B. Can.*, déc. 1991, vol. 70, n° 4, p. 760.

GAUDET (S.). « L'illusion de la lésion : commentaires sur l'introduction en droit québécois de la lésion entre majeurs », *R.D.U.S.*, 1988, vol. 19, p. 15.

GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.). « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.*, déc. 2010, n° 4, p. 683.

GAUTRAIS (V.) :

- « *Dell Computer c. Union des consommateurs*, Histoire d'un "Oops" ! », *C.P.I.*, oct. 2005, vol. 17, n° 3, p. 687 ;
- « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », *R.G.D.*, 2007, vol. 37, n° 2, p. 407.

GHOZLAN (S.). « La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : études des systèmes juridiques français et québécois », *R.J.T.*, 2015, vol. 49, n° 2, p. 399.

GLENN (H.P.) :

- « Canada », in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, journées franco-italiennes, t. 44, Paris : Litec, 1993, p. 613 ;
- « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, GLENN (H.P.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1993, p. 577 ;
- « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », *R. du B. Can.*, mars 2001, vol. 80, n°s 1-2, p. 151 ;
- « Conclusions générales : la codification à la française, une petite histoire d'une grande tradition », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 529 ;
- « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », *C. de D.*, mars-juin 2005, vol. 46, n°s 1-2, p. 339 ;
- « Quel droit comparé ? », *R.D.U.S.*, 2013, vol. 43, n°s 1-2, p. 23.

GOLDSTEIN (G.), MESTIRI (N.). « La liberté contractuelle et ses limites – Etude à la lueur du droit civil québécois », in *Mélanges Jean Pineau*, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 299.

GRAMMOND (S.). « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », *C. de D.*, mars 2010, vol. 51, n° 1, p. 83.

GREGOIRE (M.A.) :

- « Les sanctions de l'obligation de bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat », *R. du N.*, sept. 2002, vol. 104, n° 2, p. 173 ;
- « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois ? », *C. de D.*, juin 2009, vol. 50, n° 2, p. 301 ;
- « Articles 6 et 7 du *Code civil du Québec* : chapeau noir et chapeau melon ou les Dupont et Dupond de la bonne foi », in *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal : Thémis, 2010, p. 261 ;

- « *Economie subjective c. 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 », *R.J.T.*, 2010, vol. 44, n° 1, p. 11 ;
- « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 19 ;
- « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec ? Quand l'effectivité du droit ne rime pas avec efficacité », in *Les oubliés du Code civil du Québec*, CARON (V.), BERTHOLD (G.-A.), DESLAURIERS-GOULET (C.), TORRES-CEYTE (J.), Montréal : Ed. Thémis, 2015, p. 31.

GUILLEMARD (S.). « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », *R. du B.*, 1999, vol. 59, n° 2, p. 369.

GUINDON (H.). « La Révolution tranquille : les ombres dans le tableau », *BHP*, 1994, vol. 3, n° 1, p. 41.

GUY (M.) :

- « De la justice dans les contrats », *R. du N.*, mai 1969, vol. 72, n° 10, p. 441 ;
- « *Le Code civil du Québec : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir* », *R.D.U.S.*, 1993, vol. 23, n° 2, p. 453.

HAANAPPEL (P.P.C.). « Contract Law Reform in Quebec », *R. du B. Can.*, sept. 1982, vol. 60, n° 3, p. 393.

HALPERIN (J.-L.). « Deux cents ans de rayonnement du *Code civil des Français* ? », *C. de D.*, mars-juin 2005, vol. 46, n°s 1-2, p. 227.

HELEINE (F.) :

- « Les tribunaux d'équité ou l'équité et sa mise en œuvre », *R.G.D.*, 1971, vol. 2, n° 1, p. 15 ;
- « La lésion, vice de consentement ou objet survalorisé ? ». Disponible en ligne sur < [https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Green%20binders%20\(A-P\)/B_E_8.pdf](https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Green%20binders%20(A-P)/B_E_8.pdf) > ;
- « Le droit des obligations : une double préoccupation des tribunaux : contrôler les comportements, s'adapter au droit nouveau », in *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Coll. Etudes juridiques, REMILLARD (G.) (dir.), Montréal : Wilson & Lafleur, 1995, p. 27.

HOYLES (N.W.). « The Civil Code of the Province of Quebec », *Can. L. Times*, mars 1903, vol. 23, n° 3, p. 73.

JACOBY (D.) :

- « Rapport sur la consommation et la formation du contrat en droit québécois », in *La protection des consommateurs (journées canadiennes)*, TAHC, t. 23, Paris : Dalloz, 1973, p. 71 ;
- « L'évolution du droit de la consommation à la lumière de l'expérience québécoise : la nécessité d'une transformation en profondeur du droit des

contrats », in *Rapport de la conférence canadienne sur le droit de la consommation*, Montréal : Groupe de recherche en jurimétrie, 1976, p. 395 ;

- « Le contrôle des pratiques illégales et irrégulières au regard de la politique de protection des consommateurs », *R. du B.*, mars-avr. 1986, t. 46, n° 2, p. 183.

JAUFFRET-SPINOSI (C.). « Une perspective de droit comparé », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 657.

JOBIN (P.-G.) :

- « La rapide évolution de la lésion en droit québécois », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1977, vol. 29, n° 2, p. 331 ;
- « Les prochaines dispositions sur l'exploitation », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, p. 132 ;
- « Prospective générale », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 557 ;
- « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », *C. de D.*, 1991, vol. 32, n° 1, p. 153 ;
- « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », *Rev. inter. dr. comp.*, avril-juin 1992, vol. 44, n° 2, p. 381 ; (*Un article intéressant pour connaître l'histoire du droit civil québécois et comprendre sa construction depuis l'adoption du Code civil du Bas-Canada en 1866 et son interaction avec le droit civil français et la Common law canadienne*).
- « Chronique de droit civil québécois », *RTD civ.*, déc. 1993, n° 4, p. 911 ;
- « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », in *Mélanges Germain Brière*, CAPARROS (E.) (dir.), La Collection Bleue, Montréal : Wilson & Lafleur, 1993, p. 400.
- « Les clauses abusives », *R. du B. Can.*, sept. 1996, vol. 75, n° 3, p. 503 ;
- « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », in *Mélanges Paul-André Crépeau*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1997, p. 417 ;
- « La Cour suprême et la réforme du Code civil », *R. du B. Can.*, juin 2000, vol. 79, n° 2, p. 27 ;
- « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : quelle modernité ? », *Rev. inter. dr. comp.*, janv.-mars 2000, vol. 52, n° 1, p. 49 ;
- « L'équité en droit des contrats », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, LAFOND (P.-C.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 473 ;
- « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil du Québec », *RTD civ.*, oct.-déc. 2004, n° 4, p. 693 ;
- « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *C. de D.*, mars 2006, vol. 47, n° 1, p. 3.

JUKIER (R.). « *Banque nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.) : implications of an expanded doctrine of abuse of rights in civilian contract law », *R.D. McGill*, 1992, vol. 37, n° 1, p. 221.

JUTRAS (D.) :

- « Le tiers trompé (à propos de l'affaire *Bail Ltée*) », *R. du B. Can.*, mars 1993, vol. 72, n° 1, p. 28 ;
- « Le ministre et le Code – essai sur les Commentaires », in *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1997, p. 451.

KARIM (V.) :

- « Preuve et présomption de bonne foi » *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 429 ;
- « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », *C. de D.*, sept. 2000, vol. 41, n° 3, p. 435.

KASIRER (N.) :

- « Dire ou définir le droit », *R.J.T.*, 1994, vol. 28, n° 1, p. 141 ;
- « Préface : qu'est-ce que le droit civil canadien ? », in *La réforme du droit civil canadien : une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, CREPEAU (P.-A.), Montréal : Ed. Thémis, 2003, p. XV.

KNAFLA (L.A.). « The Influence of the French Revolution on Legal Attitudes and Ideology in Lower Canada, 1789-1798 », in *Le Canada et la Révolution française*, BOULLE (P.H.), LEBRUN (R.A.) (dir.), Montréal : Centre interuniversitaire d'Études européennes, 1989, p. 83.

KONIGSBERG (A.S.), GAUTHIER (A.-M.). « Relations franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », *R.J.T.*, 1993, vol. 27, n° 2, p. 633.

L'HEUREUX (N.) :

- « L'identification du consommateur, son besoin de protection », *R. du B.*, janv.-fév. 1979, vol. 39, n° 1, p. 41 ;
- « La protection du consommateur », *C. de D.*, déc. 1988, vol. 29, n° 4, p. 1083.

L'HEUREUX (N.), JOBIN (P.-G.). « La protection du consommateur dans l'exécution des contrats en droit québécois », *C. de D.*, 1973, vol. 14, n° 3, p. 499.

LAFOND (P.-C.) :

- « Contours et ramifications de la "nouvelle" définition du contrat de consommation du Code civil du Québec », *R. du B.*, nov.-déc. 1996, t. 56, n° 4, p. 569 ;
- « L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins », *R.J.T.*, 1999, vol. 33, n° 3, p. 225 ;
- « Plaidoyer pour un Code de la consommation du Québec », in *Mélanges Jean Pineau*, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 87 ;
- « Pour un Code québécois de la consommation », in *Liber amicorum Jean-Calais Auloy*, Études de droit de la consommation, Paris : Dalloz, 2004, p. 573 ;
- « Le Code civil du Québec et la loi sur la protection du consommateur : un mariage de solitudes », *R. du B. Can.*, 2009, vol. 88, n° 2, p. 407 ;
- « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 483.

LAFLAMME (L.). « La Chambre des notaires du Québec et la réforme du Code civil », *in Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 403.

LANGÉVIN (L.), PRATTE (D.). « Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française », *in Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, GLENN (H.P.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1993, p. 63.

LARUE (R.) :

- « Code Napoléon et codification des lois civiles au Bas-Canada : Notes sur le problème de l'égalité », *in Le Canada et la Révolution française*, BOULLE (P.H.), LEBRUN (R.A.) (dir.), Montréal : Centre interuniversitaire d'Études européennes, 1989, p. 15 ;
- « La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle », *C. de D.*, mars 1993, vol. 34, n° 1, p. 5.

LAURIN (C.). « Discours », *in Codification : valeurs et langage, Actes du colloque de droit international de droit civil comparé*, Québec : Service des communications du Conseil, 1985, p. 15.

LAUZIERE (L.). « Les définitions dans la législation québécoise », *in DICODEX : Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, LEFEBVRE (J.) (dir.), Coll. CEPRISCA, 2015, p. 267.

LAVALLEE (A.). « En marge du bill 48 », *R. du N.*, juin-juill. 1964, vol. 66, n°s 11-12, p. 483.

LEBEL (L.). « Incertitudes contractuelles – incertitudes judiciaires », *5^e conférence Albert Mayrand*, 2004.

LECLERC (G.). « La bonne foi dans l'exécution des contrats », *R.D. McGill*, 1992, vol. 37, n° 4, p. 1070.

LEFEBVRE (B.) :

- « La bonne foi dans la formation du contrat », *R.D. McGill*, 1992, vol. 37, n°4, p. 1053 ;
- « La bonne foi : notion protéiforme », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 321 ;
- « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *C. de D.*, mars 1996, vol. 37, n° 1, p. 17 ;
- « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », *in Développements récents en droit des contrats*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2000, p. 49 ;
- « Le contrat d'adhésion », *R. du N.*, sept. 2003, vol. 105, p. 439 ;
- « L'évolution de la justice contractuelle en droit québécois : une influence marquée du droit français quoique non exclusive », *in L'acculturation en droit des affaires*, NAVARRO (J.-L.), LEFEBVRE (G.) (dir.), Montréal : Thémis, 2005, p. 191 ;
- « L'affaire *Dell* : réflexions sous l'angle du droit civil », *R.G.D.*, 2007, vol. 37, n° 2, p. 393 ;

- « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Paris : Litec, 2007, p. 375.

LEGRAND, jr (P.). « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », *R.D.U.S.*, 1991, vol. 22, n° 1, p. 109.

LEMIEUX (M.). « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », *C. de D.*, sept. 2001, vol. 42, n° 3, p. 841.

LITVINOFF (S.). « La justice contractuelle », in *Codification : valeurs et langage, Actes du colloque de droit international de droit civil comparé*, Québec : Service des communications du Conseil, 1985, p. 315.

LLUELLES (D.) :

- « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnables”) dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? est-ce raisonnable ? », in *Mélanges Jean Pineau*, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 407 ;
- « Les règles de lecture forcée « *contra proferentem* » et « *contra stipulatorem* » : du rêve à la réalité », *R.J.T.*, 2003, vol. 37, n° 3, p. 235.

LONGTIN (M.-J.) :

- « La réforme du Code civil : la gestion d'un projet », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 163 ;
- « La codification comme élément ou source de justice », *C. de D.*, sept. 2001, vol. 42, n° 3, p. 667.

LORTIE (S.). « Avant-propos », in *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, CREPEAU (P.-A.) [et alii], Montréal : Thémis, 2005.

MACDONALD (R. A.). « Civil Law – Quebec – New Draft Code in Perspective », *R. du B. Can.*, mars 1980, vol. 58, n° 1, p. 185.

MARTEL (P.). « L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle* : Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le “voile corporatif” », *R.D. McGill*, 1987, vol. 33, n° 1, p. 213.

MASSE (C.) :

- « L'information et l'exploitation des consommateurs », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, n° 1, p. 90 ;
- « L'équité contractuelle », in *La Nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur, Conférences Memorial Meredith*, Toronto : Richard De Boo Ltd, 1980, p. 48 ;
- « L'Avant-projet de Loi et la protection des consommateurs », *C. de D.*, déc. 1989, vol. 30, n° 4, p. 827 ;
- « Développements récents en matière de lésion entre majeurs et d'équité contractuelle », in *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Conwansville : Ed. Y. Blais, 1990, p. 169 ;
- « Bilan partiel de 25 ans de protection du consommateur au Québec », *C. de D.*, mars 1996, n° 1, p. 31 ;

- « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, LAFOND (P.-C.) (dir.), Cowansville : Y. Blais, 2003, p. 37 ;
- « Les liens entre la Loi sur la protection du consommateur et le Code civil du Québec », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 383.

MASSOL (G.). « Le juge et l'équité en matière de protection du consommateur », in *L'équité au service du consommateur*, LAFOND (P.-C.), MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2010, p. 45.

MATHIEU (P.-A.). « La nature juridique du contrat de franchise : un regard sur 25 années de jurisprudence et de doctrine », in *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal : Ed. Thémis, 2012, p. 309.

MAYRAND (A.) :

- « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil », in *Lois nouvelles*, BRIERE (G.), COMTOIS (R.), MAYRAND (A.), Montréal : PUM, 1965, p. 51 ;
- « L'abus des droits en France et au Québec », *R.J.T.*, 1974, vol. 9, n° 3, p. 321.

MAZEN (N.-J.). « Le juge civil québécois (Approche comparative d'un système de droit mixte) », *Rev. inter. dr. comp.*, avr.-juin 1982, vol. 37, n° 2, p. 375.

MIGNAULT (P.-B.) :

- « The Modern Evolution of Civil Responsibility », *R. du B. Can.*, janv. 1927, vol. 5, n° 1, p. 1 ;
- « Les rapports entre le droit civil et la "common law" au Canada, spécialement dans la province de Québec », *R. du D.*, déc. 1932, n° 15, p. 201 ;
- « Le Code civil de la province de Québec et son interprétation », *U. of T. L. J.*, 1935, vol. 1, n° 1, p. 104 ;
- « L'abus des droits », *U. of T. L. J.*, 1940, vol. 3, n° 2, p. 360 ;
- « Le Code civil au Canada », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris : Dalloz, 2004 (rééd.), p. 724.

MOORE (B.) :

- « A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », *R.J.T.*, 1994, vol. 28, n° 1, p. 177 ;
- « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p. 595 ;
- « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat », in *Mélanges Jean Pineau*, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 461 ;
- « Les clauses abusives : dix ans après », *R. du B.*, 2003, vol. 63, n° 1, p. 59 ;
- « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », in *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, MANIET (F.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2005, p. 113 ;

- « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », in *Le droit de la consommation sous influences*, LAFOND (P.-C.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2007, p. 1 ;
- « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », *C. de D.*, mars 2008, vol. 29, n° 1, p. 5 ;
- « Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques – Rapport de synthèse », in *Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques*, ANDINO DORATO (J.), MENARD (J.-F.), SMITH (L.) (dir.), Montréal : Thémis, 2011, p. 187 ;
- « Flexible contrat », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 569 ;
- « Brèves remarques spontanées sur l'arrêt *Bhasin c. Hrynew* », in *Le dialogue en droit civil*, TORRES-CEYTE (J.), BERTHOLD (G.-A.), PELADEAU M. (C.-A.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2018, p. 81 ;
- « Le contrat d'adhésion en droit québécois », *RDC*, juin 2019, n° 2, p. 123.

MOREAU (M.). « L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », in *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Les journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1990, p. 37.

MOREL (A.). « La codification devant l'opinion publique de l'époque », in *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil (I)*, BOUCHER (J.), MOREL (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1970, p. 27.

MORIN (C.). « La Révolution tranquille : réflexions personnelles », *BHP*, 2002, vol. 11, n° 1, p. 101.

MORIN (M.) :

- « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », in *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, GLENN (H.P.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1993, p. 1 ;
- « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », *R. du B.*, 1997, vol. 57, n° 2, p. 689 ;
- « Les grandes dates de l'histoire du droit québécois, 1760-1867 », in *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'Etat*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1998, p. 293.

MORRIS (W.G.). « De l'équité dans certains contrats », *R. du B.*, fév. 1965, t. 25, n° 2, p. 65.

MOYSE (P.-E.). « L'abus de droit : l'anténorme – Partie II », *R.D. McGill*, sept. 2012, vol. 58, n° 1, p. 1.

MRABET (Z.). « Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et du droit international uniforme », *R.J.T.*, 2007, vol. 41, n° 2, p. 429.

NADEAU (A.). « Case and comment », *R. du B. Can.*, mai 1947, vol. 25, n° 5, p. 512.

NADEAU (R.) :

- « Le point de vue du Barreau du Québec », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 647 ;

- « Les obligations », *in Congrès annuel du Barreau du Québec*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1991, p. 27.

NORMAND (S.) :

- « Les travaux préparatoires et l'interprétation du Code civil du Québec », *C. de D.*, juin 1986, vol. 27, n° 2, p. 347 ;
- « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », *R.D. McGill*, 1987, vol. 32, n° 3, p. 559 ;
- « Le Code et la protection du consommateur », *C. de D.*, déc. 1988, vol. 29, n° 4, p. 1063. ;
- « De la nécessité de commentaires officiels au Code civil du Québec », *R. du B.*, 1991, vol. 51, n° 1, p. 288. ;
- « La codification de 1866 : contexte et impact », *in Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, GLENN (H.P.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1993, p. 43 ;
- « La première décennie des travaux consacrés à la révision du Code civil », *R.D. McGill*, 1994, vol. 39, n° 1, p. 828 ;
- « Le Code civil et l'identité », *in Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 619.

NORMAND (S.), FYSON (D.). « Le droit romain comme source du Code civil du Bas-Canada », *R. du N.*, mars 2001, vol. 103, n° 1, p. 87.

OUELLETTE (M.). « L'égalité sous le Code civil : la réalité et l'espoir », *in Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Les journées Maximilien-Caron, Montréal : Ed. Thémis, 1990, p. 13.

PAQUET (G.). « Les années 1950 au Québec », *BHP*, 1994, vol. 3, n° 1, p. 15.

PARENT (S.). « Le Barreau du Québec et la réforme du Code civil », *in Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 429.

PERRAULT (A.). « La critique des arrêts – la théorie de l'abus des droits », *R. du B.*, oct. 1949, t. 9, n° 8, p. 361.

PERRET (L.) :

- « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », *R.G.D.*, vol. 11, n° 2, p. 537 ;
- « L'incidence de la nouvelle loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil », *R.D.U.S.*, 1985, vol. 15, n° 2, p. 251 ;
- « L'évolution du *Code civil du Bas-Canada* ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », *R.G.D.*, vol. 20, n° 4, p. 719 ;
- « Peut-on combiner les modèles ? Le Québec comme système mixte », *in Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2005, p. 101.

PINEAU (J.) :

- « Codification : langage et interprétation », in *Codification : valeurs et langage, Actes du colloque de droit international de droit civil comparé*, Québec : Service des communications du Conseil, 1985, p. 87 ;
- « Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme », *C. de D.*, sept. 1989, vol. 30, n° 3, p. 587 ;
- « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », *R. du B. can.*, sept. 1992, vol. 71, n° 3, p. 423 ;
- « Théorie des obligations », in *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*, vol. 2, Québec : PUL, 1993, p. 19 ;
- « Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », in *Développements récents en droit commercial*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1996, p. 1 ;
- « Le nouveau Code civil et les intentions du législateur », in *Mélanges Jean Pineau*, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 3 ;
- « La réforme d'un Code civil », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 233 ;
- « Histoire très brève d'une recodification et de ses embarras », *R. du B. Can.*, 2009, vol. 88, n° 2, p. 215.

POPOVICI (A.) :

- « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ? », in *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Baudouin*, POPOVICI (A.) (dir.), Montréal : PUM, 1974, p. 161 ;
- « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », in *Le franchisage, Conférence Meredith Lectures*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 137 ;
- « Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise », *R.J.T.*, 1995, vol. 29, n° 2, p. 545 ;
- « Le rôle de la Cour suprême en droit civil », *R.J.T.*, 2000, vol. 34, n° 3, p. 607 ;
- « Le droit civil, avant tout un style... », in *Le droit civil, avant tout un style ?*, KASIRER (N.) (dir.), Montréal : Thémis, 2003, p. 207 ;
- « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », *R.D. McGill*, 2009, vol. 54, n° 3, p. 223.

POUDRIER-LEBEL (L.) :

- « La libération de la caution par la faute du créancier », *C. de D.*, 1987, vol. 28, n° 4, p. 939 ;
- « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », *R.J.T.*, 1993, vol. 27, n° 2, p. 581.

POUGHON (J.-M.) :

- « Justice et codification » *C. de D.*, sept. 2001, vol. 43, n° 2, p. 725 ;

- « 1804-2004 : d'une lecture civiliste de l'économique à une lecture économique du droit civil », *C. de D.*, mars-juin 2005, n^{os} 1-2, p. 427.

POUPART (F.). « L'achat d'un bien de consommation : les recours d'un acheteur victime d'un vice de consentement », *R.J.T.*, 1981-1982, vol. 16, n^o 3, p. 383.

REMILLARD (G.) :

- « Présentation du projet de Code civil du Québec », *R.G.D.*, 1991, vol. 22, n^o 1, p. 5 ;
- « Le nouveau Code civil : un véritable contrat social », in *Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2005, p. 283.

RINFRET (T.). « The Revision of the Civil Code », *R.D. McGill*, 1957, vol. 3, n^o 2, p. 228.

RIVARD (A.). « La notion du "droit commun" », *R. du D.*, fév. 1925, vol. 3, n^o 6, p. 257.

ROLLAND (L.) :

- « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », *R.D.U.S.*, 1996, vol. 26, n^o 2, p. 377 ;
- « Les Figures Contemporaines du Contrat et le Code Civil du Québec », *R.D. McGill*, 1999, vol. 44, n^o 2, p. 903 ;
- « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *C. de D.*, mars 2006, vol. 47, n^o 1, p. 13 ;
- « "Qui dit contractuel, dit juste." (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons », *R.D. McGill*, 2006, vol. 51, n^o 4, p. 765.

ROSENBERG (G. A.). « The notion of good faith in the civil law of Quebec », *R.D. McGill*, 1960, vol. 7, n^o 1, p. 2.

ROSENBERG (M.). « Note liminaire », in *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, CREPEAU (P.-A.) [et alii], Montréal : Thémis, 2005.

ROUILLARD (J.). « Aux sources de la Révolution tranquille : le congrès d'orientation du Parti libéral du Québec du 10 et 11 juin 1938 », *BHP*, 2015, vol. 24, n^o 1, p. 125.

ROUSSEAU-HOULE (T.). « Résolution d'une promesse de vente immobilière : nécessité de l'avis de 60 jours », *C. de D.*, 1977, vol. 18, n^o 4, p. 921.

ROY (N.). « La lutte des femmes pour la réforme du droit de la famille : 1900-1955 », in *Le Code civil du Québec : contribution à l'histoire d'une recodification réussie*, LORTIE (S.), KASIRER (N.), BELLEY (J.-G.) (dir.), Montréal : Thémis, 2005, p. 477.

SAMSON (M.). « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? », *C. de D.*, juin 2008, vol. 49, n^o 2, p. 297.

SHAFFER (H.B.). « *The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Limited* », *R.D. McGill*, sept. 1965, vol. 11, n^o 3, p. 268.

SOUCY (R.). « Etude sur les abus de droit », *R. L.*, 1979, p. 1.

SPARER (M.). « Le Code civil : une vitrine pour nos valeurs », in *Codification : valeurs et langage, Actes du colloque de droit international de droit civil comparé*, Québec : Service des communications du Conseil, 1985, p. 90.

STOFFEL-MUNCK (P.). « La codification du droit de la consommation », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2012, p. 1269.

SURVEYER (E.-F.). « La Province de Québec et le Code civil français », *R. L.*, 1906, n° 12, p. 12.

SYLVESTRE (C.). « Le contrat de franchise », in *Droit spécialisé des contrats, vol. 2 : les contrats relatifs à l'entreprise*, LAMONTAGNE (D.-C.) (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 1999, p. 261.

TABI TABI (G.) :

- « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *C. de D.*, sept. 2012, vol. 53, n° 3, p. 577 ;
- « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », *R.D.U.S.*, 2014, vol. 44, n° 1, p. 80.

TANCELIN (M.) :

- « Chronique de jurisprudence », *C. de D.*, 1970, vol. 11, n° 1, p. 171 ;
- « Chronique de jurisprudence », *C. de D.*, 1971, vol. 12, n° 3, p. 526 ;
- « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec », *Rev. inter. dr. comp.*, oct.-déc. 1978, n° 4, p. 1009 ;
- « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », *C. de D.*, déc. 1988, vol. 29, n° 4, p. 865 ;
- « Les bases philosophiques de l'avant-projet de réforme de 1987 en matière de droit des obligations », *R.D.U.S.*, 1988, vol. 19, n° 1, p. 1 ;
- « Les silences du Code civil du Québec », *R.D. McGill*, 1994, vol. 39, n° 2, p. 747 ;
- « Le Code civil du Québec : nouveau code, nouvelle référence, rénovation », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 363.

TASCHEREAU (J.). « La pratique du droit dans un système mixte : un heureux mariage ? », in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 1992, p. 25.

TEASDALE (S.). « Franchise 101 », in *Développements récents en droit de la franchise et des groupements, Formation continue du Barreau du Québec*, Cowansville : Ed. Y. Blais, 2008, p. 85.

TORRES-CEYTE (J.). « Le contrôle des clauses abusives en droit québécois : entre protection contre la cupidité et stigmatisation de l'esprit de prévarication », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 113.

TURGEON (J.). « De la révision du Code civil Québécois », *R. du B. Can.*, 1951, vol. 29, n° 1, p. 70.

TRUDEL (G.). « La volonté dans les actes juridiques », in *Le droit dans la vie économique-sociale, Livre du centenaire du Code civil (II)*, BOUCHER (J.), MOREL (A.), Montréal : PUM, 1970, p. 229.

VEZINA (N.). « Les virtualités du contrat d'adhésion en droit québécois : propos prospectifs sur la notion de contrat d'adhésion, son potentiel, ses dérivés et ses limites », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2018, p. 159.

WALLOT (J.-P.). « La Révolution française à travers les écrits canadiens, du XIX^e siècle à la Seconde Guerre mondiale », in *Le Canada et la Révolution française*, BOULLE (P.H.), LEBRUN (R.A.) (dir.), Montréal : Centre interuniversitaire d'Etudes européennes, 1989, p. 15.

WILSON (K.). « Alive and Kicking – The Story of Lesion and the *Civil Code of Québec* », *C. de D.*, juin 2010, vol. 51, n° 2, p. 445.

YOUNG (B.). « Overlapping identities : the Quebec Civil Code of 1866, its reception and interpretation », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 259.

• **Bibliographie canadienne, américaine et anglaise (tout confondu) :**

BEBCHUK (L.A.), POSNER (R.A.). « One-sided contracts in competitive consumer markets », *Mich. L. Rev.*, mars 2006, vol. 104, n° 5, p. 827.

BECHER (S.I.). « Asymmetric Information in Consumer Contracts : The Challenge That Is Yet to Be Met », *American Business L. J.*, 2008, vol. 45, n° 4, p. 723.

GORDLEY (J.). « Equality in Exchange », in *Aristotle and Modern Law*, BROOKS (R.O.), MURPHY (J.B.) (dir.), Harts : Dartmouth, Burlington : Ashgate, 2003, p. 93.

GUTTERIDGE (H.C.). « Abuse of rights », *Camb. Law J.*, 1933, vol. 5, n° 1, p. 22.

JOHNSTON (J.-S.). « The Return of Bargain : An economic Theory of How Standard-Form Contracts Enable Cooperative Negotiation between Businesses and Consumers », *Mich. L. Rev.*, mars 2006, vol. 104, n° 5, p. 857.

KESSLER (F.). « Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract », *Colum. L. Rev.*, juill. 1943, vol. 43, n° 5, p. 629.

LEFF (A. A.). « Contract as thing », *Am. Uni. L. Rev.*, mars 1970, vol. 19, n° 2, p. 131.

MACNEIL (I.). « Bureaucracy and Contracts of Adhesion », *Osgoode Hall L. J.*, 1984, vol. 22, n° 1, p. 5.

PATTERSON (E. W.). « The Delivery of a Life-Insurance Policy », *Harv. L. Rev.*, déc. 1919, vol. 33, n° 2, p. 198.

SWAN (A.), ADAMSKI (J.). *Canadian Contract Law*, 3rd ed., Markham : LexisNexis, 2012, 1077 p.

VALCKE (C.). *Comparing law : comparative law as reconstruction of collective commitments*, New York : Cambridge university press, 2018, 231 p.

VLASTOS (G.). « Justice & Equality », in *Social Justice*, BOULDING (K. E.), FRANKENA (W. K.), FREUND (P. A.) [et alii], Englewood Cliffs (N. J.) : Prentice-Hall Inc., 1962, p. 31.

WEINRIB (E. J.) :

- « Corrective Justice in a Nutshell » *U. of T. L. J.*, 2002, vol. 52, n° 4, p. 349.
- « Corrective Justice », in *Aristotle and Modern Law*, BROOKS (R. O.), MURPHY (J.B.) (dir.), Harts : Dartmouth, Burlington : Ashgate, 2003, p. 445.

Table de jurisprudence

- **Décisions françaises**

- **Conseil constitutionnel :**

Cons. constit., 13 juin 2013, n° 2013-672 D.C.

- **Cour de cassation :**

Cass. Ass. Plé., 6 fév. 1976, n° 74-40.223, *Bull. A.P.*, n° 2

Cass. Ass. Plé., 1^{er} déc. 1995 :

- n° 93-13.688, *Bull. A.P.*, n° 9 ;
- n° 91-15.999, *Bull. A.P.*, n° 7 ;
- n° 91-19.653, *Bull. A.P.*, n° 8 ;
- n° 91-15.578, *Bull. A.P.*, n° 7.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1979, n° 77-14.689, *Bull. civ. I*, n° 128

Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, n° 80-15.745, *Bull. civ. I*, n° 29, arrêt *Loto*

Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1989, n° 86-19.230, *Bull. civ. I*, n° 247

Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ. I*, n° 153

Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 1991, n° 89-20.856, *Bull. civ. I*, n° 342

Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-21.491, *Bull. civ. I*, n° 203

Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1993, n° 90-20.764, inédit

Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, n° 91-12.115, *Bull. civ. I*, n° 39

Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994, n° 91-19.424, *Bull. civ. I*, n° 8

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, n° 92-18.227, *Bull. civ. I*, n° 54

Cass. civ. 1^{ère}, 11 avr. 1995, n° 92-19.091, inédit

Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 1995, n° 93-18.051, *Bull. civ. I*, n° 422

Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n° 96-15.126, *Bull. civ. I*, n° 316

Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1999, n° 96-19.469, *Bull. civ. I*, n° 51

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 169

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, n° 97-19.683, inédit

Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, n° 97-22.419, *Bull. civ. I*, n° 194

Table de jurisprudence

- Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2001, n° 98-17.432, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, n° 99-15.711, *Bull. civ. I*, n° 92
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108
- Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n° 00-13.342 et n° 00-19.001, *Bull. civ. I*, n° 19
- Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ. I*, n° 190
- Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2005, n° 03-18.795, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 03-18.467, *Bull. civ. I*, n° 377
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, n° 04-12.725, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-20.001, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2011, n° 08-14.402, *Bull. civ. I*, n° 23
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-28.304, *Bull. civ. I*, n° 35
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2015, n° 14-17.009, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-19.107, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°s 15-27.231 et 16-13.050, *Bull. civ. I*, n°s 77 et 78.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2018, n° 17-13.593, *Bull. civ. I*, n° 80
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 2019, n° 18-11.609, inédit
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n° 17-27.967, *Bull. civ.*, n° 2, p. 94
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2019, n° 18-10.077, *Bull. civ.*, n° 7, p. 242
-
- Cass. civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18.104, *Bull. civ. II*, n° 214
- Cass. civ. 2^{ème}, 26 avr. 2007, n° 06-13.379, inédit
- Cass. civ. 2^{ème}, 15 avr. 2010, n° 09-11.667, inédit
- Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552 et n° 10-10.843, *Bull. civ. II*, n° 126
- Cass. civ. 2^{ème}, 3 juill. 2014, n° 13-21.734, inédit
- Cass. civ. 2^{ème}, 3 juill. 2014, n° 13-22.418, *Bull. civ. II*, n° 168
- Cass. civ. 2^{ème}, 14 avr. 2016, n°s 15-16.625 et 15-22.147, *Bull. info. II*, n° 849
- Cass. civ. 2^{ème}, 8 mars 2018, n° 17-10.030, inédit
- Cass. civ. 2^{ème}, 8 juill. 2021, n° 19-25.552, *Bull. civ.*, n° 07, p. 117.
- Cass. civ. 2^{ème}, 14 oct. 2021, n° 19-11.758, *Bull. civ.*, n° 10, p. 22.
-
- Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, *Bull. civ. III*, n° 166
- Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ. III*, n° 5

- Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, *Bull. civ.* III, n° 275
- Cass. civ. 3^{ème}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ.* III, n° 905
- Cass. civ. 3^{ème}, 15 fév. 2018, n° 17-11.329, *Bull. civ.* III, n° 21
-
- Cass. com., 28 fév. 1983, n° 78-10.813, *Bull. civ.* IV, n° 89
- Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338
- Cass. com., 30 janv. 1996, n° 94-13.799, inédit
- Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, arrêt *Chronopost*
- Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ.* IV, n° 188
- Cass. com., 17 fév. 1998, n° 95-21.668, inédit
- Cass. com., 28 avr. 1998, n° 95-20.290, inédit
- Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 277
- Cass. com., 6 avr. 1999, n° 96-20.606, inédit
- Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-11.577, inédit
- Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-15.678, inédit, arrêt *Securinfor*
- Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, *Bull. civ.* IV, n° 113
- Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-12.554, *Bull. civ.* IV, n° 121, arrêt *Chronopost II*
- Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21172, inédit, arrêt *Mazda*
- Cass. com., 6 mai 2002, n° 99-14.093, *Bull. civ.* IV, n° 81
- Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, *Bull. civ.* IV, n° 132, arrêt *Chronopost III*
- Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*
- Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-16.523, inédit
- Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-14.626, *Bull. civ.* IV, n° 82
- Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-18.700, inédit
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Bull. civ.* IV, n° 42, arrêt *Eurachan*
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt *Provera*
- Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, *Bull. civ.* IV, n° 87, arrêt *Le Galec*
- Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043, inédit, arrêt *EMC Distribution*
- Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, inédit, arrêt *Carrefour*
- Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* IV, n° 13, arrêt *Galec*
- Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27.865, inédit, arrêt *Darty*
- Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, *Bull. civ.*, n° 9, p. 62

Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, *Bull. civ.*, n° 1, p. 78
Cass. com., 7 juill. 2021, n°s 19-22.807 et 19-22.956, inédit
Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, *Bull. civ.*, n° 1, p. 116

Cass. req., 3 août 1915, n° 00-02.378, inédit

Cass. soc., 17 mars 1979, n° 77-10382, *Bull. civ. V*, n° 213
Cass. soc., 25 fév. 1992, n° 89-41.634, *Bull. civ. V*, n° 122
Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467, *Bull. civ.*, n° 3, p. 345

○ **Cours d'appel :**

CA de Paris, 27 sept. 1977
CA de Paris, ch. 5, 28 avr. 1978
CA de Paris, 3^e ch. B, 6 mai 1994, n° 92/8154
CA de Paris, 28 janv. 1998, n° 96/08086
CA de Pau, 11 déc. 2006, n° 04/00868
CA de Douai, 2^e ch., 2^e sect., 21 déc. 2006, n° 04/02939
CA de Douai, 2^e ch., 1^{re} sect., 6 sept. 2007, n° 06/1777
CA de Montpellier, 2^e ch. civ., 27 nov. 2007, n° 07/01587
CA de Douai, 2^e ch., 2^e sect., 6 mai 2008, n° 07/00726
CA de Lyon, 1^e ch. civ., 21 avr. 2011, n° 10/00997
CA de Paris, 4^e ch., pôle 5, 25 sept. 2013, n° 11/17338
CA de Paris, 10 fév. 2021, n° 18/11116

○ **Tribunaux :**

T.G.I de Carcassonne, 2 mai 2002, n° [XTGIC020502X]
T. com. Paris, 1^{er} ch., 2 sept. 2019, n° 2019/016984
T. com. Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123

● **Décisions canadiennes :**

151276 *Canada inc. c. Verville*, 1994 CanLII 3701 (QC C.S.)
161324 *Canada inc. c. Donini Restaurant inc.* (AZ-98026409 (C.S.))

- 2622-1374 *Québec inc. c. Sardo*, 1998 CanLII 10784 (QC C.Q.)
- 2622-7181 *Québec inc. c. Perez*, 2004 CanLII 16713 (QC C.Q.)
- 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 C.S.C. 39 (CanLII)
- 9018-5646 *Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec*, 2008 QC C.S. 5831 (CanLII)
- 9069-7384 *Québec inc. c. Superclub Vidéotron Ltée*, 2004 CanLII 32216 (QC C.S.)
- Affiliated FM Insurance Company c. Hafner inc.*, 2006 QC C.A. 465 (CanLII)
- Ahsan v. Second Cup LTD*, 2003 CanLII 10600 (QC C.A.)
- Air-Rimouski Ltée c. Gagnon*, [1952] C.S. 149
- Allendale Mutual Insurance Co c. Hydro-Québec*, 2001 CanLII 14721 (QC C.A.)
- Asselin c. Groupe Pétrolier Olco ULC inc.*, 2014 QC C.Q. 2733 (CanLII)
- Assurance-vie Desjardins Laurentienne c. Poirier-Wilson*, 2003 CanLII 32938 (QC C.A.)
- AT&T Capital Canada inc. c. 3100 9459 Québec inc.*, 1999 CanLII 11029 (QC C.S.)
- Attorney-General for Ontario c. Barfried Entreprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 572
- Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, 2002 CanLII 41095 (QC C.A.)
- Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 1992 CanLII 71 (C.S.C.)
- Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 1989 CanLII 30 (C.S.C.)
- Banque de Nouvelle-Ecosse c. Promotions Atlantiques inc./Atlantic Promotions inc.*, 2001 CanLII 24933 (QC C.S.)
- Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029 (C.S.C.)
- Banque nationale du Canada c. Goulet*, 1997 CanLII 10411 (QC C.A.)
- Banque Nationale c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339, 1981 CanLII 31 (C.S.C.)
- Banque provinciale du Canada c. Martel*, (1959) B.R. 278, 299
- Banque Toronto-Dominion c. Brunelle*, 2014 QC C.A. 1584 (CanLII)
- Banque Toronto Dominion c. Saint-Pierre*, 1997 CanLII 6875 (QC C.Q.)
- Bastien c. Crown compagnie d'assurance-vie*, 1998 CanLII 11551 (QC C.S.)
- Beach-Comber Hot Tubs inc. c. Lapointe*, 2004 CanLII 4673 (QC C.Q.)
- Beaulne c. Valeurs Mobilières Desjardins inc.*, 2013 QC C.A. 1082 (CanLII)
- Bel-Gaufre inc. c. 159174 Canada inc.*, J.E. 95-1448 (C.S.)
- Belval c. Voyages Tour-Monde inc.*, 2010 QC C.Q. 14977 (CanLII)
- Beneficial Finance c. Morasse*, (1972) C.A. 846
- Berthiaume c. Great West Life*, (1942) 48 R.J. 16
- Bertrand Equipements inc. c. Kubota Canada Ltée*, 2002 CanLII 31888 (QC C.S.)

- Bhasin c. Hrynen*, [2014] 3 R.C.S. 494, 2014 C.S.C. 71 (CanLII)
- Blais c. Giroux*, (1958) C.S. 569
- Blais c. ITT Canada Finance inc.*, 1995 CanLII 3807 (QC C.S.)
- Bolduc c. Decelles*, 1996 CanLII 4344 (QC C.Q.)
- Boulevard Dodge Chrysler c. Daimler Chrysler Canada inc.*, 2007 CanLII 2428 (QC C.S.)
- Boutin c. Belvédère*, [1970] C.A. 389
- Boutique Jacob inc. c. Place Bonaventure inc.*, 1995 n° 500-05-002035, (J.E. 95-1040) (C.S.)
- Brodeur c. Choinière*, [1945] C.S. 334
- Brunelle c. 9124-5704 Québec inc.*, 2004 CanLII 34005 (QC C.Q.)
- Buisson c. Comerco Services inc.*, 2011 QC C.Q. 2952 (CanLII)
- Cairns c. Canada Life Assurance Company*, 2008 QC C.S. 729 (CanLII)
- Canada Paper Co. c. Brown*, (1922) 63 R.C.S. 243
- Canadian Pacific Railway Co. c. Parent*, (1915) 51 S.C.R. 234
- Centre de camion Gamache inc. c. Bolduc*, 2000 CanLII 9581 (QC C.Q.)
- Chassé c. Union canadienne, compagnie d'assurances*, 1999 CanLII 12127 (QC C.S.)
- Chevalier c. Québec (Société des loteries)*, 2004 CanLII 27601 (QC C.Q.)
- Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2014 QC C.S. 3590 (CanLII)
- Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2016 QC C.A. 1229 (CanLII)
- Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, [2018] 3 R.C.S. 2018 C.S.C. 46 (CanLII)
- Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, 1976 CanLII 4 (C.S.C.), [1977] 2 R.C.S. 67
- Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 C.S.C. 64 (CanLII), [2008] 3 R.C.S. 392
- Cimon c. Bouchard*, (1919) R.J. 308
- Cliche c. Société en commandite Aéroplan*, 2007 QC C.Q. 7803 (CanLII)
- Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances c. Gignac*, 2010 QC C.A. 2365 (CanLII)
- Compagnie Commonwealth Plywood Ltée c. 9018-2304 Québec inc.*, 1996 CanLII 4312 (QC C.Q.)
- Compagnie d'assurances Bélair inc. c. GMAC Location Ltée*, 2005 QC C.A. 663 (CanLII)
- Copyfax inc. c. Lambert*, 2000 CanLII 18166 (QC C.S.)
- Delorme c. Cusson*, (1897) 28 R.C.S. 66
- Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QC C.A. 570 (CanLII)
- Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 C.S.C. 34 (CanLII)
- Desjardins c. L'Excellence, compagnie d'assurance-vie*, 2003 CanLII 54573 (QC C.S.)

- Développements T.G.B. inc. c. Mercure*, 2008 CanLII 864 (QC C.S.)
- Distribution Stéréo Plus inc. c. 140 Gréber Holding inc.*, 2012 QC C.S. 33 (CanLII)
- Doré c. Verdun (Ville)*, 1997 CanLII 315 (C.S.C.), [1997] 2 R.C.S. 862
- Drouin c. Électrolux Canada ltée*, 1988 CanLII 435 (QC C.A.)
- Drozdziński c. Zemał*, (1954) C.S. 163.
- Drysdale c. Dugas*, (1897) 26 S.C.R. 20
- Dufresne c. Trévi-Magasin de Boucherville*, 2011 QC C.Q. 15460 (CanLII)
- Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QC C.A. 624 (CanLII)
- Eclipse Optical inc. c. Bada U.S.A. inc.*, 1997 CanLII 6616 (QC C.Q.)
- Entreprises L.T. Ltée (Les) c. Aubut*, 1994 CanLII 10653 (QC C.Q.)
- Entreprises MTY Tiki Ming inc. c. McDuff*, 2008 (QC C.S.) 4898 (CanLII)
- Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boiler*, [1980] 1 R.C.S. 888 (C.S.C.)
- Factory Mutual Insurance Company 1 c. Transport Baie-Comeau Inc.*, 2003 CanLII 15535 (QC C.S.)
- Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.*, 2006 C.S.C. 50 (CanLII), [2006] 2 R.C.S. 591
- Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 1032 (C.S.C.)
- Fiducie du Groupe investior ltée c. 2632-0580 Québec inc.*, 1997 CanLII 8481 (QC C.S.)
- Ford du Canada Ltée c. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QC C.A. 1541 (CanLII)
- Formédica ltée c. Silipos Canada inc.*, 2010 QC C.S. 6074 (CanLII)
- Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QC C.A. 1496 (CanLII)
- Gabel c. Chagnon*, 2014 QC C.A. 1997 (CanLII)
- Garcia Transport Ltée c. Compagnie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 1992 CanLII 70 (C.S.C.)
- Gestion Jeroden inc. c. Choice Hotels Canada inc.*, 2000 CanLII 19079 (QC C.S.)
- Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 C.S.C. 53 (CanLII), 2004 3 R.C.S. 95
- Global Credit & Collection Inc. c. Rolland*, 2011 QC C.A. 2278 (CanLII)
- Globe and Mail c. Canada (Procureur Général)*, 2010 C.S.C. 41 (CanLII), [2010] 2 R.C.S. 592
- GMAC Location ltée c. La Cie d'assurance Bélair Inc.*, 2003 CanLII 21000 (QC C.Q.)
- Groupe commerce compagnie d'assurances c. Services d'entretien Ribo inc.*, 1992 CanLII 3407 (QC C.A.)
- H. Cardinal construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 1987 CanLII 787 (QC C.A.)
- Harvey c. Eid*, 2005 CanLII 20351 (QC C.Q.)

- Hinse c. Canada (Procureur Général)*, 2015 C.S.C 35 (CanLII), [2015] 2 R.C.S. 621
- Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 1990 CanLII 58 (C.S.C.)
- Huel c. Décalcomanie Beaver inc.*, 1997 CanLII 8152 (QC C.S.)
- Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, 2009 QC C.S. 123 (CanLII)
- Immobilière (L'), société d'évaluation conseil inc. c. Evaluations BTF inc.*, 2009 QC C.A. 1844 (CanLII)
- Industrielle, Compagnie d'Assurance Vie c. Bolduc*, [1979] 1 R.C.S. 481 (C.S.C.)
- Isidore Garon ltée c. Tremblay ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, 2006 C.S.C. 2 (CanLII), [2006] 1 R.C.S. 27
- Israel c. Champlain Coach Lines Ltd.*, (1939) 77 C.S. 145
- J.L. c. Coopérative de l'Ebène*, 2004 CanLII 47995 (QC C.Q.)
- Kava-LVR Ltd. c. Ford Motor Company of Canada Ltd.*, 2010 QC C.S. 1552 (CanLII)
- Landry c. Québec (Procureur général)*, 2009 QC C.S. 3920 (CanLII)
- Languedoc c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec*, 1999 CanLII 11758 (QC C.S.)
- Laperrière c. Lemieux*, (1958) R.L. 228
- Latreille c. Industrielle Alliance (L'), compagnie d'assurance sur la vie*, 2009 QC C.A. 1575 (CanLII)
- Laurentide Motels Ltd c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 720
- Lebel c. Pharmacentres Cumberland (Merivale) Ltée*, 1999 CanLII 11396 (QC C.S.)
- Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, [2016] 2 RCS 23, 2016 C.S.C 37
- Les Agences Lyon inc. c. Cadrin*, (1969) C.S. 153-965
- Location d'autos Mont-Royal inc. c. Martzouco*, 1999 CanLII 10509 (QC C.Q.)
- Location de voitures compactes (Québec) ltée c. Gagnon*, 1995 CanLII 3674 (QC C.Q.)
- Location Romprée Ltée c. Guillemette*, 2005 CanLII 9292 (QC C.Q.)
- Marrois c. Dallaire*, [1970] C.S. 634
- Martineau c. Société Canadian Tire Ltée*, 2008 QC C.S. 4913 (CanLII)
- Martineau c. Société Canadian Tire Ltée*, 2011 QC C.A. 2198 (CanLII)
- Medi-Dent Service v. Bercovitch*, 1996 CanLII 4599 (QC C.S.)
- M.G.B. Auto inc. c. Trois Diamants autos (1987) Ltée*, 1997 CanLII 9097 (QC C.S.)
- Micor Auto inc. c. Aubert*, 1995 n° 500-02-016462-934 (QC C.Q.)

- Mofo Moko c. Ebay Canada Ltd.*, 2013 QC C.S. 856 (CanLII)
- Montréal (Communauté urbaine) c. Ciment indépendant inc.*, 1988 CanLII 897 (QC C.A.)
- Montreal Trust Co. et al. c. Lignes aériennes Canadien Pacifique, Ltée*, 1976 CanLII 204 (CSC), [1977] 2 RCS 793
- Morin c. Simard*, 2010 QC C.A. 2302 (CanLII)
- Mousseau c. Société de gestion Paquin Ltée*, 1994 CanLII 3745 (QC C.S.)
- Murphy c. Labbé* (1897), 27 R.C.S. 126
- Nadeau c. Nadeau*, [1977] C.A. 248
- Organon Canada Ltée c. Trempe*, 2002 CanLII 41261 (QC C.A.)
- Pagé Construction, div. Simard-Beaudry c. Trois-Rivières-Ouest (Corp. municipale de la Ville)*, 1998 CanLII 11386 (QC C.S.)
- Parsons c. Mont-Bleu Ford inc.*, 2002 CanLII 15468 (QC C.Q.)
- Poirier-Wilson c. Assurance-vie Desjardins-Laurentienne*, 2000 CanLII 18107 (QC C.S.)
- Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-Parc Inc.*, 2002 CanLII 111 (QC C.S.)
- Posluns c. Entreprises Lormill Inc.*, Québec 200-05-001584-858, J.E. 90-1131 (C.S.)
- Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209 (QC C.A.)
- Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 C.S.C. 85 (CanLII), 2002 4 R.C.S. 663
- Quaker Oats Co. of Canada Ltd. c. Côté*, (1949) B.R. 389
- Québec (Commission des normes du travail) c. Camions international Elite Ltée*, 2000 CanLII 18388 (QC C.Q.)
- Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian*, 2000 CanLII 7772 (QC C.A.)
- Québec (Ville) c. La Reine* (1894), 24 R.C.S. 420
- Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, 1999 CanLII 13754 (QC C.A.)
- Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252 (C.S.C.)
- Remillard c. 9085-9638 Québec inc.*, 2001 CanLII 39623 (QC C.Q.)
- Riendeau c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2000 CanLII 9262 (QC C.A.)
- Robert c. Axa Assurances inc.*, 2010 QC C.Q. 10197
- Rogers Communication, s.e.n.c. c. Brière*, 2016 QC C.A. 1497 (CanLII)
- Samen Investments inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QC C.A. 826 (CanLII)
- Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445 (C.S.C.)

Secrétariat de l'Action catholique de Joliette c. Cyr, 2000 CanLII 18794 (QC C.S.)

Services aux marchands détaillants Ltd. (Household Finance) c. Option Consommateurs, 2006 QC C.A. 1319 (CanLII)

Short (Holand Executive Leasing Rgd) c. Canpro Investments Ltd, 2010 CanLII 3362 (QC C.S.)

Sigma construction inc. c. Ievers, 1995 CanLII 4787 (QC C.A.)

Simard c. Provi-Soir inc., 1993 CanLII 3504 (QC C.A.)

Slush Puppie Montréal c. 153226 Canada inc., 1994 CanLII 3606 (QC C.Q.)

Société de gestion Place Laurier inc. c. Beaulieu, 1999 CanLII 12190 (QC C.S.)

Société générale Beaver inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe inc., 1994 CanLII 3627 (QC C.S.)

Sofati ltée c. Laporte, 1992 CanLII 3864 (QC C.A.)

Sun Life Trust Company c. Bionaire inc., 1999 CanLII 10577 (QC C.Q.)

Thompson c. Simard (1908), 41 R.C.S. 217

Trottier c. McColl Frontenac Oil Co. Ltd., (1953) B.R. 497

Trust la Laurentienne du Canada Inc. c. Losier, 2001 CanLII 12759 (QC C.A.)

Union Canadienne (L'), compagnie d'Assurances c. Mini-entrepôt Longueuil inc., 2011 QC C.Q. 7058 (CanLII)

Vachon c. Lachance [1994] R.J.Q., p. 2578

Verrault c. 124851 Canada inc., 2003 CanLII 6800 (QC C.Q.)

Voncorp inc. c. 147013 Canada inc., 1997 CanLII 9196 (QC C.S.)

Walsh & Brais inc. c. Communauté urbaine de Montréal, 2001 CanLII 20665 (QC C.A.)

Wofford c. Boréal Insurance inc., [1995] R.R.A. 811

Zikovský c. Air-France, 2006 QC C.Q. 948 (CanLII)

- **Décisions anglaises :**

Allen v. Flood, (1898) A.C. 598 (H.L.)

Mayor of Bradford v. Pickles, (1895) A.C. 587 (H.L.)

- **Décisions européennes :**

CJUE, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, 5 juill. 2012, aff. C-49/11

Index alphabétique

— N.B. Les chiffres renvoient aux numéros des pages – les caractères gras indiquent la référence principale —

A

Abus de dépendance102, 543
 Abus de droit 79, 134, 286, 309
 Abus de puissance économique 89, 106, 380, 384
 Accessibilité des clauses408, 452
 Adhésion..... 57, 80, **343**, 348, **349**, 454
 Aristote9
 Attentes légitimes301, **429**
 dimension maximale 431
 dimension minimale 430
 expectation (droit canadien) 429
 Autonomie de la volonté 42, 47, 100, 176
 Avant-projet Catala 187
 Avant-projet de 2013 206
 Avant-projet de loi de 1987 234
 Avant-projet Terré 194
 Azard, P. 158

B

Baudouin, J.-L. 292
 Bill 48 149
 Bonne foi 284, *v. projets et avants-projets de réforme du droit des contrats*
 dynamique 465
 et clauses abusives 435, 437, 475
 fonction complétive 426
 fonction interprétative 426
 objective 292
 principe de 23, 296, 300, **441**
 statique 465
 subjective 292
 Bourgeois, L. 62

C

Catégorie juridique 82, **267**, 379
 sous-catégorie 387
 Cause 95
 Charge de la preuve 232, 237, 347, 419, 453, 539
 Clause abusive .. 104, 105, 106, 119, **218**, 281, 477, 540
 approche morale 437
 approche pragmatique 433
 et lésion 439
 sanction 476
 Clause ambiguë 415
 Clause d'adhésion 17
 Clause de renvoi 160, **405**, **406**
 Clause de style 453
 Clause essentielle 72, 79
 Clause externe 402
 hyperlien *v. ce mot*
 Clause illisible **409**, 413
 Clause incompréhensible 411, 415
 Clause périphérique 439, 478, 481
 Clause secondaire 314, 400, 438, 478
 Codification

Bicentenaire du Code civil 115
 Centenaire du Code civil 73
 Code civil du Bas-Canada 127
 Code Napoléon 43
 discours législatif 276
 réforme du Code civil du Bas-Canada 146
 symbole 274, 275, 278
 Cohérence contractuelle 478
 Commutativité traditionnelle **313**
 Conditions générales 4, 193, 197, 201, 213, 216, 402
 connaissance des 451
 définition **446**
 force obligatoire des 448
 Consentement 71, 80, 159, 171, **349**, 406, 410, **449**, 454
 Contrat
 bien (perçu comme un) 390
 Contrat d'adhésion **18**, **22**, 25, **26**, 164, **219**, **442**, *v. projets et avants-projets de réforme du droit des contrats*
 définition 4, **56**, 89, 140, **338**, **359**
 mode de formation du contrat 376, 379
 nature juridique 71, 80
 par adhésion 378
 Contrat d'assurance 391, 393, 424, 533
 Contrat de consommation 103, 108, 247, 271, 390, 422, 522, 534, 535
 Contrat de dépendance 98, 114, **348**, **356**, 548
 Contrat de franchise 296, **348**, 356, 365, 367, 370, 376, 546
 Contrat de gré à gré .. 202, **219**, **268**, 347, **352**, **363**, **441**
 Contrat de masse 108, 389
 Contrat de prêt 149
 Contrat de travail 50, 77, 90, 345, 367, 418
 Contrat déséquilibré **337**, 375, 381, 487
 Contrat-outil 377, 394
 Contrat-type 113, 119, **342**, **361**, 448
 Cour de cassation
 contrôle au fond 454
 interprétation uniforme 73, **462**
 Crépeau, P.-A. 165
 Crise du contrat 82, 83, 86

D

Définition
 doctrinale **261**
 incomplétude 265
 légale 264
 portée régulatrice 262
 réelle **259**, 263
 terminologique **258**
 Demogue, R. 8, 15, **64**, 67
 Déséquilibre
 des valeurs *v. lésion*
 du contenu 351, 373, **376**, 395
 potentiel 191, **395**, **397**
 structurel **394**

Index alphabétique

Déséquilibre de pouvoirs..... 473
 Déséquilibre des forces..... 89, 351
 Déséquilibre significatif .. 108, 109, 111, **219, 223, 225, 470, 477, 538**
 Détermination du contenu du contrat 71, **426, 467**
 forçage du contrat *v. ce mot*
 imperium du juge 427
 Détermination unilatérale..... **338, 359**
 Discours
 contractuel **19, 23**
 du droit..... 257, 261, 263
 Disposition préliminaire **516**
 Droit commun
 complémentarité 502, **506, 521**
 dualité du..... **511**
 généralité absolue du..... **503, 553**
 implicite..... 518
 incomplétude du..... 520, 524
 subsidiarité du **504**
 vide juridique..... 504, 505, 533
 Droit comparé **27**
 Droit romain..... 51, 509, 515
 stipulation **2**
 Droit spécial
 autonomisation 494
 Durkheim, E. 61

E

Egalité
 de droit 49, 358
 de fait..... 311
 des armes 320
 réelle..... 318
 sociale 319
 Equilibre contractuel..... 224, **316, 480**
 Equité..... 426, 467
 complétive 466
 corrective 466
 judiciaire..... 150
 législative..... 150
 Equivalence des prestations **8, 11, 12, 41, 139, 312, 315, 471**

F

Forçage du contrat..... 86, 91, **464, 466**
 Force obligatoire du contrat..... 47
 Formule-type 339
 Fouillée, A. 59

H

Hyperlien 403

I

Imprévision..... 220, **302**
 Inégalité contractuelle **49**
 Inégalité de pouvoirs 344, 350, 357, 373
 Interprétation
 commune intention des parties (selon la) ... 70, **420, 461, 467**
 constructive 468

contra proferentem 189, **421, 429, 458, 459, 461, 531, v. projets et avants-projets de réforme du droit des contrats
contra stipulatorem..... 189, **421, 458**
 créatrice..... 420, 466
 ordre public..... 422, 460
 partisane..... 458
pro adherentem..... **422**
 uniforme *v. Cour de cassation***

J

Josserand, L. 83, 86
 Juge
 discrétion judiciaire 154, 157, 169
 gouvernement (des juges) 324, 566
 office du..... 67, 70, 322, 567
 pouvoir d'équité du 322
 pouvoir de modulation du..... 566
 pouvoir de sanction du 459
 rôle du juge..... 565
 Justice
 commutative **10, 13, 49, 131, 314, 428**
 distributive..... **10, 12, 13, 305, 428**
 réparative 60
 Justice contractuelle. **12, 14, 17, 23, 127, 131, 219, 277, 312, 441, v. projets et avants-projets de réforme du droit des contrats**

L

Leff, A. (théorie de)..... 386
 Lésion **168, 173, 196, 230, 245, 306, 312, 471**
 art. 1012 C.c.B.-C..... 130
 art. 1040c 150
 et clauses abusives..... **438**
 objective..... 173
 rescision pour..... 49, 130
 -sanction 309
 subjective 173, 234, 236
 Liberté contractuelle..... 19, 30, 50, 118, 131, 132, 169, **223, 246, 344, 443, v. projets et avants-projets de réforme du droit des contrats**
 Loi sur la protection du consommateur **172, 246, 390, 521, 535**

N

Négociation
 absence de 342
 impossible..... **343, 362**
 Nouvelle moralité contractuelle 139, 245, **282**
 abus de droit..... 286
 affaire *Churchill Falls*..... 302
 définition..... **290**
 morale..... 298
 obligation d'information 284, 289
 obligation de collaboration..... 296

O

Obligation essentielle 95, **478, 481**
 Office de Révision du Code civil
 Comité des obligations..... 229
 création de l' 148
 Projet de l'..... 229

Index alphabétique

Opposabilité.....89, 453
Ordonnance de réforme de 2016..... 214

P

Paradigme..... **18**, 311, 568
Personne raisonnable292, 411
Popovici, A..... 165
Présomption de connaissance. 160, **405**, 407, 445, 482
Présomption de nullité..... **405**
Projet d'ordonnance de 2015.....210
Projet de juillet 2008 (Chancellerie)..... 198
Projet de l'Office de Révision du Code civil.*v. Office de Révision du Code Civil*
Projet de loi 125 242
Projet de mai 2009 (Chancellerie) 203

Q

Qualification
implicite..... **101**
opération de.....**269**, 379
secondaire 379

R

Réalisme sociologique 391
Réfection du contrat..... 467
Reféodalisation98, 358
Régime du contrat d'adhésion 158, 167, **401**, **446**
Réification du contrat..... 392
Renversement de la charge de la preuve.....161, 407
Réputé non-écrit.....474, 476

Révision du contrat 467
Révolution tranquille (Québec)..... 143
Ripert, G.....87

S

Saïlles, R..... **55**, 65
Signature 159, **406**, **410**, **452**, 453, 455
Solidarisme
contractuel..... **93**, 195, 301
doctrine du58
et contrat d'adhésion **63**, **97**, 100
Soumission112, **340**, 343, 348, **349**, **353**, **544**, 545, 547
Stipulations essentielles.....212, 438

T

Théorie des vices du consentement 71, 79
Théorie générale.....**223**, 559
classique19, 72, 79, **443**
du contrat d'adhésion**82**
dualité de la..... **22**, 57, **223**, **356**
néo-théorie générale 22, 23

U

Unilatéralisme99, 221, **339**, 473

V

Violence économique..... **102**, 498, 500
Vulnérabilité 175, 296, 309
partie vulnérable **15**

Table des matières

REMERCIEMENTS	I
LISTE DES ABREVIATIONS	III
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 : LE LIEN CONSUBSTANTIEL ENTRE LE CONTRAT D'ADHESION ET LA JUSTICE	
CONTRACTUELLE.....	37
<i>Titre 1 : La naissance d'une notion doctrinale subsidiaire</i>	39
Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion à la périphérie du discours évolutif du droit des contrats français.....	41
Section 1 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats au XIX ^e siècle.....	43
§ 1 : Les relations contractuelles dans la codification napoléonienne.....	43
§ 2 : Le Code Napoléon, relais juridique déphasé des valeurs sociales d'une société industrielle.....	52
A. La naissance du contrat d'adhésion.....	52
1. Le contexte socio-économique.....	53
2. L'Idée de Raymond Saleilles.....	55
B. Le lien de corrélation entre la naissance du contrat d'adhésion et la doctrine solidariste.....	58
1. La conception des premières idées solidaristes.....	58
2. Le contrat d'adhésion, conséquence du solidarisme du « moment 1900 ».....	63
Conclusion de la section 1 :.....	68
Section 2 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats au début du XX ^e siècle.....	69
§ 1 : La relative effervescence doctrinale d'avant-guerre pour le contrat d'adhésion.....	69
A. Les prémisses à l'élaboration d'une théorie du contrat d'adhésion.....	69
B. La première éclipse du contrat d'adhésion lors du Centenaire du Code civil.....	73
§ 2 : L'affinement doctrinal d'après-guerre de la théorie du contrat d'adhésion.....	78
A. La consolidation des bases de la théorie du contrat d'adhésion.....	79
B. La théorie du contrat d'adhésion, ou l'ébranlement de la théorie générale du contrat.....	82
1. La crainte du contrat d'adhésion.....	82
2. Le contrat d'adhésion dans le nouveau débat contractuel.....	86
Conclusion de la section 2 :.....	91
Section 3 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats au tournant du XXI ^e siècle.....	92
§ 1 : La reconnaissance implicite du contrat d'adhésion.....	92
A. Le contrat d'adhésion, sous-entendu dans le solidarisme contemporain.....	93
B. Le contrat d'adhésion, qualification implicite des règles protectrices du droit spécial des contrats.....	102
1. Le cas du droit de la consommation.....	103
2. Le cas du droit des pratiques restrictives de concurrence.....	109
§ 2 : Le seconde éclipse du contrat d'adhésion lors du Bicentenaire du Code civil.....	115
Conclusion de la section 3 :.....	121
Conclusion du Chapitre 1 :.....	123
Chapitre 2 : Le contrat d'adhésion au tournant de l'évolution du discours du droit des contrats québécois.....	125
Section 1 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats, de la codification au milieu du XX ^e siècle.....	126
§ 1 : Les relations contractuelles dans la codification bas-canadienne.....	127
A. L'expression de la justice contractuelle dans le Code civil du Bas-Canada de 1866 ..	127
B. L'expression de la justice contractuelle dans le droit civil québécois des années 1940-1950.....	134
1. La lente reconnaissance de la théorie de l'abus de droit en.....	134

Table des matières

matière contractuelle.....	134
2. Les premières allusions au contrat d'adhésion	139
§ 2 : Le Code civil du Bas-Canada, relais juridique déphasé des valeurs sociales d'une époque moderne.....	142
A. Les années 1960, ou les turbulences du droit civil québécois.....	142
1. Le lancement de la réforme du Code civil du Bas-Canada.....	142
2. L'introduction progressive de l'équité dans	149
« certains contrats »	149
B. Les premières réponses aux effets indésirables du contrat d'adhésion.....	158
Conclusion de la section 1 :	162
Section 2 : Le contrat d'adhésion dans l'histoire du droit des contrats à la fin du XX ^e siècle.....	164
§ 1 : Les premières propositions d'une réglementation générale du contrat d'adhésion	164
§ 2 : Le contrat d'adhésion, référence explicite de la législation consumériste.....	170
Conclusion de la section 2 :	177
Conclusion du Chapitre 2 :	179
Conclusion du Titre 1 :	181
<i>Titre 2 : Le cheminement vers la consécration d'une catégorie juridique essentielle.....</i>	<i>183</i>
Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion au centre du discours réformateur du droit des contrats français et québécois	185
Section 1 : En France.....	186
§ 1 : Des débuts difficiles pour le contrat d'adhésion.....	187
A. La réserve sur le contrat d'adhésion au sein des avant-projets de réforme doctrinaux	187
1. L'avant-projet Catala.....	187
a. La réception encourageante de la justice contractuelle.....	187
b. Le traitement formel du contrat d'adhésion.....	190
2. L'avant-projet Terré.....	194
a. La réception mitigée de la justice contractuelle	194
b. Le traitement inexistant du contrat d'adhésion.....	197
B. La réserve sur le contrat d'adhésion au sein des premiers projets de réforme de la Chancellerie	198
1. Le projet de juillet 2008.....	198
a. La réception limitée de la justice contractuelle	198
b. Le traitement purement symbolique du contrat d'adhésion	201
2. Le projet de mai 2009.....	203
a. La réception élargie de la justice contractuelle.....	203
b. Le traitement prometteur du contrat d'adhésion.....	204
§ 2 : Une notion au régime systématiquement incomplet.....	206
A. L'expansion de la justice contractuelle dans l'avant-projet de 2013.....	206
1. Un régime élargi de protection des contractants vulnérables	206
2. Le régime embryonnaire du contrat d'adhésion.....	208
B. L'expansion de la justice contractuelle dans le projet d'ordonnance de 2015	210
1. La consolidation du régime élargi de protection des contractants vulnérables.....	210
2. Les dissensions latentes autour du contrat d'adhésion	212
§ 3 : L'inamovibilité du contrat d'adhésion garantie par l'ordonnance de 2016.....	214
A. La justice contractuelle, un principe fondamental du nouveau droit des contrats	215
B. Le contrat d'adhésion, une notion aux contours incertains mais au régime complet	216
1. L'inadéquation d'une définition incertaine.....	216
2. La limitation du régime de protection des contractants vulnérables au contrat d'adhésion.....	218
Conclusion de la section 1 :	226
Section 2 : Au Québec.....	228
§ 1 : Le projet de réforme de l'Office de Révision du Code Civil de 1977	229
A. La prise en compte de la justice contractuelle	230
B. La relative absence du contrat d'adhésion.....	233
§ 2 : L'Avant-projet de loi de 1987	234

Table des matières

A. Le renforcement de la justice contractuelle	235
B. Le retour en force du contrat d'adhésion	239
§ 3 : Le projet de loi 125 de 1990.....	242
A. La confirmation d'une justice contractuelle tempérée	242
B. L'approbation du contrat d'adhésion	249
Conclusion de la section 2 :	253
Conclusion du Chapitre 1 :	255
Chapitre 2 : Le contrat d'adhésion au centre du nouveau discours contractuel français et québécois	257
Section 1 : La fonction pédagogique de la notion de contrat d'adhésion	260
§ 1 : L'apport de la définition doctrinale à la définition légale	261
A. La définition doctrinale : contribution au discours doctrinal.....	261
B. La définition doctrinale : à disposition du discours du droit.....	263
§ 2 : L'insertion de la définition légale dans des corpus fondamentaux	267
A. L'établissement de l'ordre juridique général du droit des contrats.....	267
B. L'extension de la dimension symbolique du Code à ses dispositions.....	273
Conclusion de la section 1 :	279
Section 2 : Le renouvellement de la compréhension du principe de justice contractuelle	281
§ 1 : La notion de contrat d'adhésion : le symbole pauvre de la « nouvelle moralité contractuelle » québécoise.....	282
A. La portée relative du contrat d'adhésion dans l'affirmation de la « nouvelle moralité contractuelle »	283
1. Une notion à l'origine de la percée de la « nouvelle moralité contractuelle ».....	283
a. Des arrêts fondateurs portant sur des contrats d'adhésion	284
b. Une théorisation visant à lutter contre l'exploitation du plus faible.....	290
2. Une notion insuffisante à l'ancrage de la « nouvelle moralité contractuelle »	293
a. L'inhibition de la jurisprudence.....	294
b. Le scepticisme doctrinal.....	299
B. La saga <i>Churchill Falls</i> : et si le contrat avait été d'adhésion ?	302
a. Le rejet d'une requête inspirée de la « nouvelle moralité contractuelle ».....	303
b. Pistes de solutions dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion	308
§ 2 : La notion de contrat d'adhésion : le stimulateur d'un épanouissement de la justice contractuelle	311
A. De l'équivalence des prestations à l'équilibre de la relation contractuelle.....	312
B. De l'assertion de l'égalité entre les parties à la correction de l'inégalité entre les parties	318
Conclusion de la section 2 :	325
Conclusion du Chapitre 2 :	327
Conclusion du Titre 2 :	329
Conclusion de la Partie 1 :	331
PARTIE 2 : LE LIEN INDISSOLUBLE ENTRE LE CONTRAT D'ADHESION ET LA JUSTICE CONTRACTUELLE	333
.....	333
<i>Titre 1 : La consolidation de la justice contractuelle par l'insertion du régime du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois</i>	<i>335</i>
Chapitre 1 : Le contrat d'adhésion, un contrat structurellement déséquilibré.....	337
Section 1 : Les caractéristiques d'un contrat structurellement déséquilibré.....	337
§ 1 : Les critères de définition du contrat d'adhésion en droit français	338
A. Les critères essentiels.....	338
1. La détermination unilatérale du contenu du contrat	338
2. L'impossible négociation	343
B. Le critère sous-jacent : le déséquilibre des forces.....	351
§ 2 : L'application des critères de définition du contrat d'adhésion en droit québécois	359
A. La consolidation de l'appréciation de la détermination unilatérale et de l'impossible négociation.....	359
1. Le caractère secondaire de la détermination unilatérale du contenu du contrat.....	360

Table des matières

2. L'appréciation <i>in concreto</i> de l'impossible négociation	363
B. Le débat concernant le critère du déséquilibre des forces	367
Conclusion de la section 1 :	373
Section 2 : Les conséquences d'un contrat structurellement déséquilibré	375
§ 1 : Le contrat d'adhésion, (possible) source du déséquilibre du contenu obligationnel du contrat	375
A. Un mode de formation du contrat.	376
B. ... Pouvant conduire à l'exercice abusif d'un pouvoir déséquilibrant	380
§ 2 : Le contrat d'adhésion au service de la standardisation	385
A. La théorie de Leff : le contrat comme un bien	386
B. La réception de la théorie de Leff au sein du droit québécois et de sa doctrine	390
Conclusion de la section 2 :	394
Conclusion du Chapitre 1 :	397
Chapitre 2 : L'encadrement du contrat d'adhésion par le droit commun des contrats	399
Section 1 : Les effets du régime de droit commun québécois du contrat d'adhésion	401
§ 1 : Une plus grande responsabilisation des stipulants	401
A. Vers une accessibilité simplifiée des clauses externes du contrat d'adhésion	402
1. La clause externe de l'article 1435 du Code civil du Québec	402
2. L'abandon de la présomption de connaissance pour la présomption de nullité	405
B. Vers une rédaction claire et limpide des termes du contrat d'adhésion	409
1. La clause illisible et incompréhensible de l'article 1436 du Code civil du Québec	409
2. L'attribut de l'article 1436 du Code civil du Québec	413
§ 2 : Un accroissement significatif des pouvoirs du juge	419
A. Une activité créatrice du juge affirmée	420
1. Le dépassement de la fiction de la commune intention des parties dans le contrat d'adhésion	420
2. La reconnaissance unanime du rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat	426
3. La dérangeante question de la théorie des attentes légitimes	429
B. Une police du juge progressive	432
1. La prépondérance de l'approche pragmatique sur l'approche morale de l'article 1437 du Code civil du Québec	433
2. L'article 1437, ou le fantôme de la lésion	438
3. Quel avenir pour l'article 1437 du Code civil du Québec ?	440
Conclusion de la section 1 :	444
Section 2 : Le régime de droit commun français du contrat d'adhésion	446
§ 1 : La protection du consentement de l'adhérent	446
A. La notion de « conditions générales » et sa portée	446
B. L'adhésion aux conditions générales : une évolution à venir du droit français ?	451
§ 2 : Le contrôle du contenu du contrat d'adhésion	457
A. De l'interprétation à la détermination du contenu du contrat d'adhésion par le juge	457
1. L'interprétation <i>contra proferentem</i> de l'article 1190 du Code civil	457
a. L'émancipation d'une « interprétation partisane »	458
b. De la nécessité d'établir une interprétation uniforme des contrats d'adhésion	462
B. La reconnaissance progressive du rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat	464
C. La police des clauses du contrat d'adhésion	469
1. L'appréhension du déséquilibre significatif	470
2. La relative opportunité de l'article 1171 du Code civil ?	477
Conclusion de la section 2 :	482
Conclusion du Chapitre 2 :	485
Conclusion du Titre 1 :	487
<i>Titre 2 : L'extension de la justice contractuelle par l'articulation du régime de droit commun du contrat d'adhésion avec les règles des droits spéciaux des contrats</i>	<i>489</i>
Chapitre 1 : De la nécessaire complémentarité entre droit commun et droits spéciaux des contrats	491

Table des matières

Section 1 : L'adoption d'une vision moins dogmatique du droit des contrats français	491
§ 1 : L'abandon du mouvement autonomiste	493
§ 2 : Le dialogue entre le droit commun et les droits de la consommation et de la concurrence	497
§ 3 : La généralité absolue du droit commun et sa vocation subsidiaire.....	503
Conclusion de la section 1 :	506
Section 2 : Le rapport québécois au droit commun et aux lois spéciales	508
§ 1 : L'influence de l'histoire québécoise sur la notion de droit commun.....	508
A. La coexistence de deux droits communs.....	508
B. L'essor d'un droit commun unique	512
§ 2 : La complémentarité du droit commun et des lois spéciales	516
A. L'affirmation de la préséance du droit commun.....	516
B. La reconnaissance d'un droit commun à l'incomplétude assumée.....	520
Conclusion de la section 2 :	525
Conclusion du Chapitre 1 :	527
Chapitre 2 : De l'opportunité d'un régime de droit commun du contrat d'adhésion au sein des Codes civils français et québécois.....	529
Section 1 : Le cas de l'interprétation <i>contra proferentem</i>	531
§ 1 : En droit français.....	531
§ 2 : En droit québécois.....	534
Conclusion de la section 1 :	536
Section 2 : Le cas particulier du déséquilibre significatif.....	538
§ 1 : L'articulation des articles 1171 du Code civil et L. 212-1 du Code de la consommation	538
§ 2 : L'articulation des articles 1171 du Code civil et L. 442-1, I, 2 ^o du Code de commerce	541
Conclusion de la section 2 :	551
Conclusion du Chapitre 2 :	553
Conclusion du Titre 2 :	555
Conclusion de la Partie 2 :	557
CONCLUSION GENERALE.....	559
BIBLIOGRAPHIE	569
TABLE DE JURISPRUDENCE.....	647
INDEX ALPHABETIQUE.....	657
TABLE DES MATIERES	661

Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-québécoise

Résumé

Produit de la Révolution industrielle, le contrat d'adhésion est celui dont les termes, unilatéralement déterminés par l'une des parties, sont acceptés ou refusés en bloc par l'autre partie sans négociation possible. Cent vingt ans après avoir été estampillée par Raymond Saleilles en 1901, cette notion, longtemps demeurée doctrinale, pénètre le champ du droit positif en intégrant le Code civil lors de la réforme du droit des contrats de 2016. Toutefois, cette réception n'a pas manqué de soulever des interrogations quant à sa pertinence et son utilité. Pour une partie de la doctrine française, c'était tout simplement une mauvaise idée – ou une fausse bonne idée – que d'avoir introduit la notion de contrat d'adhésion, et par extension son régime, parmi les dispositions du droit commun des contrats. Or, l'intérêt de la notion de contrat d'adhésion réside dans le lien qui l'unit au principe de justice contractuelle. Ce lien est, tout d'abord, consubstantiel en ce que le contrat d'adhésion a toujours accompagné le mouvement d'affirmation et d'émancipation de la justice contractuelle, et ce depuis sa naissance. Il est ensuite devenu indissoluble grâce au régime du contrat d'adhésion qui permet une protection pratique et effective de la justice contractuelle. C'est à travers l'étude de ce lien original, et l'expérience positive tirée du droit des contrats québécois, que cette étude comparative cherche à justifier l'intérêt d'avoir intégré une notion qui modifie substantiellement le droit commun des contrats et, par conséquent, provoque un changement de paradigme au sein de la théorie générale du contrat.

Mots clefs français : contrat d'adhésion, ontologie du contrat d'adhésion, justice contractuelle, théorie générale du contrat, changement de paradigme, discours contractuel, notion doctrinale, catégorie juridique, réforme du droit des contrats, droit commun des contrats, droit spécial des contrats, Code civil français, Code civil du Québec, droit civil québécois.

Contract of adhesion and contractual justice : French-Quebec comparative law study

Abstract

Product of the industrial revolution, the contract of adhesion, which terms and conditions are unilaterally determined by one party, is usually accepted, or not, as a whole without giving the opportunity, for the other party, to negotiate its terms. 120 years later after being created by Raymond Saleilles in 1901, this, first and foremost, doctrinal notion has finally been welcomed among the dispositions of the French Civil Code thanks to the Contract law reform of 2016. However, the insertion of the notion has led to doubt its purpose and its relevance. According to some French authors, inserting the notion of contract of adhesion and its regime among the other rules of the law of Contract may simply have been a bad idea – or, at least, a bad idea in disguise. Yet, the notion of contract of adhesion displays a particular purpose in the link tying it to the principle of contractual justice. Firstly, this connection seems to be intrinsic. In fact, since its creation, the notion of contract of adhesion has always been part of the assertion and expansion of the principle of contractual justice. Secondly, this link appears now to be unbreakable. Indeed, inserting the contract of adhesion and its regime within the French Civil Code helps to reinforce the principle of contractual justice by giving it a practical purpose. Through exploring this special connection and learning from the positive lessons drawn by Quebecer Civil law of Contracts, this given comparative law essay aims to argue in favour of the introduction of a notion, and its regime, that substantially change the law of Contracts by triggering a drastic paradigm shift.

Keywords : contract of adhesion, ontology of the contract of adhesion, contractual justice, theory of contract, paradigm shift, contractual discourse, doctrinal notion, categories, contract law reform, general rules of the law of contract, special rules of the law of contract, French Civil Code, Quebec Civil Code, Quebecer civil law.

Unité de recherche/Research unit : *CRDP-Equipe René Demogue, 1 place Déliot, 59000 – Lille,*
<https://crdp.univ-lille.fr>

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edocorale74.univ-lille2.fr>*

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>*