



HAL
open science

Le contrat d'adhésion

Léonia David

► **To cite this version:**

| Léonia David. Le contrat d'adhésion. Droit. 2017. dumas-02177451

HAL Id: dumas-02177451

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02177451>

Submitted on 9 Jul 2019

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.



LE CONTRAT D'ADHÉSION

Mémoire réalisé par

Léonia DAVID

En vue de l'obtention du

Master II Droit des Affaires

Sous la direction de

M. Pascal PUIG, Professeur à l'Université de La Réunion

Remerciements

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à mon Directeur de mémoire Le professeur P. PUIG. Je le remercie de m'avoir encadré, orienté, aidé et conseillé.

J'adresse mes sincères remerciements à tout le personnel du secrétariat général de la SRR notamment Kristell TREGAN, Jérôme MONNE, Bastien JEANETTE et Marie Julie DE LAMOTHE qui par leurs paroles, leurs écrits, leurs conseils et leurs critiques ont guidé mes réflexions et m'ont témoigné leurs encouragements.

À tous ces intervenants, je présente mes remerciements, mon respect et ma gratitude.

« L'égalité est plus parfaite si l'on traite inégalement les choses inégales ».

Aristote

Éthique à Nicomaque - IV^e siècle av.

J.-C.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

al. : alinéa.

art. : article.

Ass. : assemblée.

Ass. plén. : Assemblée plénière.

Bull. : Bulletin

Bull. Ass. plén. : Bulletin de l'Assemblée plénière.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly sociétés.

CCC : Contrats concurrence consommation.

C. civ. : Code civil.

C. com. : Code de commerce.

C. consom. : Code de la consommation.

Cass. ass. plén. : arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Cass. civ. : arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation.

Cass. com. : arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Cass. soc. : arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.

CE : arrêt du Conseil d'État.

CEDH : arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

cf. : confer (se reporter à).

chr. : chronique.

CGA : Conditions générales d'achat

concl. : conclusions.

Cons. const. : Conseil constitutionnel

D. : recueil Dalloz.

Defr. : Répertoire général du notariat Defrénois.

Dr. et patr. : revue Droit et patrimoine.

éd. : édition.

ex. : exemple.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

Infra : après dans le texte

JCP G : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique), éd. Générale.

JCP E : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique), éd. Entreprise.

JO : Journal officiel de la République française.

LPA : revue Les Petites Affiches.

Ord. : Ordonnance.

p. : page(s).

préc. : précité

rappr. : à rapprocher de.

RDC : Revue des contrats.

RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale.

RDLC : Revue des droits de la concurrence — Concurrences

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial.

CGV : Conditions générales de vente

Supra : avant dans le texte

spéc. : spécialement.

V. : Voir.

Article 1110 du Code civil

Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS -----	1
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS -----	3
SOMMAIRE -----	0
INTRODUCTION -----	1
PARTIE I — DES CONDITIONS GÉNÉRALES PRÉDÉTERMINÉES -----	9
CHAPITRE 1 — DES CONDITIONS GÉNÉRALES -----	10
SECTION 1 — L'INADEQUATION DES TERMES « STIPULATIONS ESSENTIELLES »-----	11
SECTION 2 — L'AMBIGUÏTÉ DES TERMES « CONDITIONS GÉNÉRALES »-----	16
CHAPITRE 2 — UNE PRÉDÉTERMINATION -----	26
SECTION 1 — LA REDACTION DES CONDITIONS GÉNÉRALES PAR L'UN DES CONTRACTANTS-----	26
SECTION 2 — LA REDACTION À L'AVANCE DES CONDITIONS GÉNÉRALES-----	36
PARTIE II — UNE SOUSTRACTION À LA NÉGOCIATION -----	43
CHAPITRE 1 — APPRÉCIATION DU CRITÈRE -----	44
SECTION 1 — L'IMPOSSIBILITÉ DE NÉGOCIER, CRITÈRE PHARE DE LA QUALIFICATION-----	44
SECTION 2 — LA POSSIBILITÉ DE NÉGOCIER, CRITÈRE EXCLUSIF DE LA QUALIFICATION ?-----	50
CHAPITRE 2 — APPLICATION DU CRITÈRE -----	58
SECTION 1 — UN CHAMP D'APPLICATION ÉLARGI-----	58
SECTION 2 — UNE MISE EN ŒUVRE PROBLÉMATIQUE-----	69
CONCLUSION -----	82
BIBLIOGRAPHIE -----	87

Introduction

La théorie de l'autonomie de la volonté affirme que la volonté est la source des droits subjectifs. Elle est même « l'organe créateur du droit »¹.

Ainsi, l'autonomie de la volonté désignerait le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi : elle serait à la fois l'élément essentiel du contrat en ce qu'elle en conditionne la validité (pas de contrat sans consentement), mais elle rend également légitime sa force obligatoire (la partie a donné son consentement, elle doit exécuter le contrat).

Né durant ce mouvement, le Code civil de 1804 avait alors une vision unique du contrat : celle du contrat de gré à gré. En effet, les contractants y étaient vus comme étant sur un même pied d'égalité dans la détermination du contenu contractuel. D'ailleurs, ceci se traduit par la formule de Fouillée « Qui dit contractuel, dit juste »². La liberté contractuelle et la sécurité procurées par une force obligatoire entendue de manière absolue fournissent alors les axes du droit des contrats. On est dans l'exaltation du « volontarisme juridique ».

Ainsi, le contenu contractuel est sacralisé, les contractants doivent l'exécuter sous peine de sanctions et le juge ne peut s'immiscer dans la sphère contractuelle et notamment modifier le contenu du contrat.

Si cette vision première du contrat reposant sur l'autonomie de la volonté se justifiait dès lors que les contrats concernés pouvaient faire l'objet de négociations, aujourd'hui, en revanche, on s'aperçoit que cette égalité présumée entre contractants constitue une utopie.

Le développement industriel a induit une systématisation des relations contractuelles. Avec le développement de la consommation de masse, il n'est plus possible de négocier les contrats un à un. De fait, le contenu contractuel est prédéterminé par l'un des contractants pour les besoins d'un large public. L'autre partie n'a alors d'autre choix que de refuser le contrat ou d'y adhérer sans pouvoir en négocier les termes.

¹ Gounot¹, « Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé », Thèse Paris 1912 p 3

² A. Fouillée, « La science sociale contemporaine », Paris 1880

Au-delà, pour que le contrat soit juste, encore faut-il que chaque partie dispose des mêmes armes dans le cadre des négociations, c'est-à-dire que les parties disposent du même poids économique. Si l'une des parties dispose d'un poids économique plus élevé que son cocontractant, alors il dispose de la force nécessaire pour imposer à ce dernier tout ou partie du contenu contractuel.

Dès lors, un des contractants qui disposerait d'une puissance économique ou la maîtrise d'une technologie unique peut imposer le contenu contractuel à son cocontractant. Le contrat qui était alors un instrument permettant aux parties de discuter et sacrifier leurs engagements devient un instrument au service du plus fort et au détriment du plus faible. De fait, l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle viennent opprimer la partie faible.

Face à ce phénomène, la doctrine initiée par Saleilles³ qualifiait ces contrats « d'adhésion » en opposition aux contrats de gré à gré et proposait de soumettre ces contrats d'adhésion à des règles qui leur seraient propres. Saleilles écrivait ainsi : « il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire (...) que l'on pourrait appeler, faute de mieux, contrats d'adhésion, dans lesquels 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, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même »⁴.

De là naissent deux courants doctrinaux : d'un côté, celui initié par Saleilles qui nie la dimension contractuelle du contrat d'adhésion qu'il assimile à la loi, et de l'autre le courant, défendu par des auteurs tels que Berlioz⁵, consistant à considérer le contrat d'adhésion comme un véritable contrat.

³ R. Saleilles *L'évolution technique du contrat*, thèse 1930, n°15

⁴ *Ibid.*

⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 2e édition, 1976

Cette seconde proposition doctrinale a été préférée à l'autre⁶ notamment par la jurisprudence⁷. Néanmoins, cette dernière n'a soumis cette nouvelle catégorie de contrats à aucun régime spécifique. Les contrats d'adhésion étaient ainsi donc soumis au droit commun des contrats.

Toutefois, le législateur conscient de l'inégalité des rapports contractuels existant entre les contractants a d'abord réglementé certains contrats d'adhésion avant de poser des règles plus générales. Ainsi, c'est bien « la loi qui libère » le faible qui s'est engagé. De même, le juge a pu utiliser la virtuosité de notions connues du droit commun des contrats aux fins de rééquilibrer le contrat.

Cette protection de la partie faible en dehors du droit commun s'est faite selon deux axes : d'une part, le droit spécial et d'autre part la jurisprudence.

➤ Par la loi

S'il y a eu une évolution des circonstances économiques, le législateur n'a pas de suite tenu à consacrer la notion et un régime propre au contrat d'adhésion dans le droit commun des contrats, ce malgré les propositions doctrinales. Pour autant, la loi ne saurait à tort ignorer cette réalité économique où un contractant, en position de force, est susceptible d'imposer à un autre, plus faible, ses conditions sans pouvoir les négocier.

Aussi, par le biais du droit spécial, le législateur a apporté un moyen de rééquilibrer les pouvoirs des parties au contrat d'une part en réglementant les contrats spéciaux coup par coup et d'autre part par le biais du droit de la consommation.

Ainsi, pendant la première moitié du XXe siècle, le législateur a imposé tout un formalisme afin de protéger la partie présumée faible dans différents contrats spéciaux tels que le contrat de transport, le contrat d'assurance où l'assureur doit à l'assuré plusieurs obligations d'information (remise d'une fiche d'information sur le prix et les garanties, un exemplaire du projet du contrat et de ses pièces annexes, devoir de conseil), le contrat de travail.

Le législateur a également entendu protéger plus généralement une autre partie faible, le consommateur et le non-professionnel par le biais du droit de la consommation.

⁶ F. Chénéde, Raymond Saleilles, *Le contrat d'adhésion*, RDC 2012, p. 241

⁷ Civ. 1re, 19 janv. 1982, Bull. civ. I, no 29

Dès lors, la qualité de consommateur et de non-professionnel, qui ont fait l'objet d'une définition à l'aune de l'ordonnance du 14 mars 2016, permet au juge de supprimer les clauses dites abusives, c'est-à-dire les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Par ce mécanisme, l'agent économique qui a imposé au consommateur ou au non-professionnel des clauses créant un déséquilibre significatif ne saurait se prévaloir de ces dernières.

Au-delà, le code de la consommation a entendu réglementer des contrats plus spécifiques comme les contrats conclus hors établissement, le cautionnement, le crédit mobilier et immobilier, en mettant en place une obligation lourde d'information, une possibilité de se rétracter ou une période de réflexion.

Plus tard, le législateur par le biais de la loi dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a entendu lutter contre :

- ⇒ La rupture brutale des relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-6, I, 5 o).
- ⇒ Les clauses abusives dans les relations entre professionnels en insérant l'article L.442-6 I 2° dans le code de commerce avec des règles de compétences spécifiques. Néanmoins, les compétences spéciales rattachées à cet article peuvent constituer un obstacle à sa mise en œuvre.

Au demeurant, cette protection par le droit spécial peut apparaître comme insuffisante. Le code de la consommation n'entend protéger que le consommateur et le non-professionnel au détriment du professionnel. Or, un professionnel peut tout à fait se voir imposer un contrat qu'il n'a de choix que de refuser ou d'adhérer sans possibilité de négocier. Qu'en est-il des autres relations ?

➤ Par la jurisprudence

Dans le cadre jurisprudentiel, le juge, même s'il n'a pas entendu affecter un régime spécifique au contrat d'adhésion, a toutefois pu rééquilibrer le contrat au travers d'autres notions du droit commun des contrats.

La jurisprudence a subordonné l'efficacité des clauses d'un contrat d'adhésion à la possibilité effective d'en avoir pris connaissance, avant la conclusion du contrat. Ainsi des clauses écrites en petits caractères, ou encore en langue étrangère ont vu leurs effets neutralisés, faute pour le cocontractant d'avoir pu en connaître la teneur⁸.

C'est dans cette optique que la Cour de cassation a, par exemple, considéré que devaient être réputées non écrites, sur le fondement de la cause, les clauses qui contredisent la portée de l'obligation essentielle du débiteur. Est donc nulle, la clause limitative de responsabilité qui prévoit une indemnisation dérisoire en cas de violation de l'obligation essentielle du débiteur⁹.

De même, sur la base de cette même notion, le juge a pu annuler un contrat au motif que « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible (...) le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer ». La cause est ici entendue comme l'objectif commun des parties, et non pas comme la mise à disposition des cassettes¹⁰.

Sur la base de la bonne foi, le juge a également mis en exergue une obligation de renégocier le contrat. Ainsi, dans l'arrêt Huard¹¹, la Cour d'appel, approuvée par la Chambre commerciale, a constaté que le prix appliqué par le fournisseur à ses distributeurs était supérieur au prix auquel il vendait lui-même ses produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires. Le fournisseur avait été ainsi déloyal et qu'« en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société (...) n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». Le fournisseur commet une faute en ne renégociant pas le contrat même en l'absence de clause de renégociation.

⁸ Com. 7 janv. 1969, Bull. civ. IV, no 8./ Com. 19 déc. 2000, no 98-11.577

⁹ Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841

¹⁰ Civ. 1ère, 3 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 286

¹¹ Com. 3 novembre 1992, B. n° 338

Sur la base de cette même notion, dans l'arrêt Chevassus Marche, la Chambre commerciale casse l'arrêt de la Cour d'appel qui n'a pas recherché si, au regard de ce que « les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté », les mandants, qui consentaient des prix inférieurs au moyen de ventes parallèles, « avaient pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels... et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat »¹².

Désormais, au-delà de ces protections par le biais du droit spécial et de la jurisprudence au demeurant insuffisants, le législateur en 2016 a décidé d'aller plus loin dans la protection.

Ainsi, la réforme du droit commun des contrats, attendue et redoutée, est adoptée en sa version définitive par ordonnance le 10 février 2016 (N° 2016-131). Le législateur y consacre la notion de contrat d'adhésion à l'article 1110 du Code civil et prévoit en son sein deux articles spécifiquement rattachés à la notion.

Désormais naît la *summa diviseo*¹³ du droit commun des contrats : le contrat de gré à gré, dont les stipulations sont librement négociées entre les parties (article 1110, alinéa 1 du Code civil) s'oppose au contrat d'adhésion dont les « conditions générales », « soustraites à la négociation », « sont déterminées à l'avance par l'une des parties » (article 1110, alinéa 2 du Code civil).

Ainsi, l'article 1110 dispose que :

« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

Le contrat d'adhésion est bel et bien un véritable contrat et non une loi et est soumis au régime du droit commun des contrats sous réserve de certaines dispositions redoutées et redoutables.

En effet, les enjeux de la qualification sont colossaux :

D'une part, l'interprétation des clauses contractuelles du contrat d'adhésion contre celui qui les a proposées, donc en faveur de la partie qui les a subies (article 1190 du Code civil).

¹² Com. 24 novembre 1998, B. n° 277 Chevassus Marche

¹³ T. Revêt, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016. n° 30, p.1771 et s

D'autre part, la neutralisation des clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion (article 1171 du Code civil).

Avec cette introduction dans le droit commun, tout contrat d'adhésion sera désormais soumis au contrôle du déséquilibre significatif, même si effectivement le régime de ce contrôle pourra varier selon son objet, sa nature, la qualité des contractants (Code civil, Code de la consommation, Code de commerce).

Dès lors, la qualification du contrat en contrat d'adhésion devient un enjeu d'une importance capitale à la fois pour les contractants, mais aussi pour le juge d'où l'intérêt et la nécessité de se pencher sur les critères de qualification posés par l'actuel article 1110 du code civil.

Quel sens donner à ces critères, eu égard à leur libellé, à leur articulation, à la raison d'être de la réception du contrat d'adhésion dans le droit commun et à sa relation d'opposition avec le contrat de gré à gré ? Autrement dit, quel sens donner aux critères au regard à la fois à la lettre et à l'esprit du texte ?

Comment appréhender les situations dans lesquelles la mise en œuvre de ces critères ne concerne qu'une partie du contenu d'un contrat, tandis que l'autre partie atteste de la mise en œuvre des critères du contrat de gré à gré ?

Comment appréhender les situations dans lesquelles chacun des contractants aura présenté à l'autre ses conditions générales ? En effet, si la définition du contrat d'adhésion semble à la première lecture limpide et claire, l'appréciation et l'application des critères ne sont pas exemptes de difficultés.

Ne seront traitées dans ces propos que la notion de contrat d'adhésion en elle-même et les problématiques liées à la qualification. Ne seront donc pas abordé ni le régime, qui à lui seul peut faire l'objet d'un mémoire, ni les problématiques relatives aux pouvoirs des juges. La notion en elle-même apporte à elle seule d'importantes difficultés objet du présent mémoire.

En effet, ce mémoire a pour finalité de mettre en exergue les difficultés pratiques et théoriques auxquelles seront confrontés les praticiens du droit pour mettre en oeuvre les critères de la définition que sont l'existence de conditions générales préétablies (**Partie I**) et la soustraction à la négociation (**Partie II**). Il s'agira également de proposer des pistes de réflexion et les possibles solutions pour pallier ses difficultés, s'ils en existent.



**Partie I — Des conditions générales
prédéterminées**



Chapitre 1 — Des conditions générales

La réforme prend acte de la dualité des types de contrats, mise en lumière dans leur ouvrage par MM. – T.Revêt et F.Zenati, qui compose désormais notre univers contractuel : les contrats de gré à gré, structurellement équilibrés d'une part, et les contrats d'adhésion, structurellement déséquilibrés d'autre part ; types de contrats dont la nature est si profondément différente qu'il serait artificiel de les soumettre à un régime identique.

Le premier élément de la définition du contrat d'adhésion tient à l'existence de conditions générales. Ainsi, l'article 1110 du Code civil dispose que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales ont été soustraites à la négociation. Il faut donc être en présence de « conditions générales » pour qu'il y ait qualification en contrat d'adhésion.

L'avant-projet de réforme¹⁴ quant à lui préférait le vocable de « stipulations essentielles ».

Sous l'impulsion de la doctrine estimant ces termes inappropriés (Section 1), le législateur a opéré un changement terminologique et a retenu l'expression de « conditions générales » qui s'avèrent également, en l'absence de définition, équivoques (Section 2).

¹⁴Article 1108, PROJET D'ORDONNANCE du 25 février 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Section 1 — L'inadéquation des termes « stipulations essentielles »

L'avant-projet de réforme¹⁵ portant sur le droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations à son article 1108 utilisait les termes « stipulations essentielles ».

Ainsi, l'article 1108 à son alinéa 2 disposait que « le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ».

La question se pose alors de savoir pourquoi les rédacteurs de ce projet ont rejeté les termes « stipulations essentielles ».

L'utilisation de ce vocable tend à créer deux difficultés. Ces termes induisent de pouvoir distinguer entre les stipulations essentielles et les stipulations non essentielles (Paragraphe 1). De plus, cette expression ne prend pas en considération la caractéristique du contrat d'adhésion qui ne tient pas en ses stipulations essentielles, mais plutôt celles accessoires auxquelles l'adhérent ne se méfie point (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 — Une notion difficile à appréhender

L'essentiel des stipulations ou les stipulations essentielles ?

Se pose ici la question de savoir si le critère amène à une approche quantitative ou qualitative. L'approche quantitative revient à devoir déterminer l'essentiel des stipulations c'est-à-dire le nombre de clauses, le quota de clauses soustraites à la libre négociation et qui permet la qualification du contrat en contrat d'adhésion. Par exemple, on pourrait hypothétiquement considérer que l'essentiel des clauses serait 45 % des clauses du contrat. De fait, il suffirait que 45 % des clauses du contrat soient soustraites à la libre discussion pour considérer que le critère est rempli.

¹⁵ Article 1108, PROJET D'ORDONNANCE du 25 février 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

L'approche qualitative revient quant à elle à devoir déterminer le caractère essentiel d'une clause. Ainsi, il faudra rechercher clause par clause son caractère essentiel ou non.

L'approche retenue par ce critère n'est pas quantitative, mais qualitative. En effet, le texte fait référence aux stipulations essentielles et non à l'essentiel des stipulations.

Le Larousse définit le terme essentiel comme ce « qui est d'une grande importance ; principal, capital ».

Toutefois, comment apprécier l'importance d'une clause : objectivement ou subjectivement ? Subjectivement, ce qui est important pour l'un ne l'est pas forcément pour l'autre. Or, apprécier subjectivement les clauses essentielles reviendrait à confondre les besoins d'une partie et les clauses essentielles qui sont deux choses différentes.

De même, l'importance d'une clause peut varier en fonction de l'objet du contrat. Une clause de force majeure en matière de bail qui stipulerait que seul un cas de force majeure pourrait justifier un retard dans le paiement du loyer correspondrait à la définition de la stipulation non essentielle, accessoire en ce qu'elle entend seulement prévoir des circonstances imprévisibles auxquelles un des contractants ne peut échapper et qui ne lui sont pas imputables. Pourtant, cette même clause dans le contrat de transport peut être déterminante, essentielle, car il s'agit d'un contrat dont l'objet amène inéluctablement à devoir régler les situations où le transporteur pourrait ne pas voir sa responsabilité engagée s'il ne livre pas le bien ou procède à la livraison sans respecter le délai contractuel.

Dans le contrat d'assurance, les clauses nécessaires sont bien relatives à la prime, la détermination du risque et le montant de l'indemnité que l'assureur versera à l'assuré en cas de réalisation du dommage. Toutefois, la clause d'exclusion de garantie ainsi que la clause d'exclusion de risque constituent des clauses importantes pour l'assuré puisqu'en cas de dommage, l'assureur pourra lui opposer ces deux types d'exclusion lorsque l'assuré lui demanderait le versement de l'indemnité.

Mais alors, comment déterminer objectivement les stipulations essentielles ? Par rapport au contrat ? Aux deux contractants ?

Il reviendrait alors au juge de déterminer les clauses essentielles : il est évident que le prix et l'objet du contrat ainsi que les obligations principales des parties constituent des stipulations essentielles.

Qu'en est-il du reste des clauses ? Il ne faut pas oublier que l'approche du critère est qualitative ; ainsi il sera possible de qualifier de clauses essentielles qu'une quantité minimale de clauses voire une seule clause. Or, on imagine mal comment une seule clause qualifiée d'essentielle et négociée pourrait exclure la qualification de contrat d'adhésion dès lors que le reste du contrat a été soustrait à la négociation. Inversement, on voit mal comment une seule clause qualifiée d'essentielle et non négociée pourrait permettre de retenir la qualification de contrat d'adhésion dès lors que le reste de celui-ci a lui été négocié.

Par exemple, voici un contrat de vente où la clause de prix a été négociée, mais pas le reste du contrat : la clause de prix est certes une clause essentielle ; pour autant permet-elle à elle seule de qualifier le contrat en contrat de gré à gré, car elle a été négociée ? Cela semble difficile à admettre.

Il appartiendrait ainsi au juge du fond de déterminer souverainement quelles sont les clauses essentielles et quelles sont celles qui ne le sont pas. L'inconvénient d'une telle souveraineté étant la disparité des solutions dans les décisions rendues.

Autre difficulté : à quel moment de la relation contractuelle doit-on se placer pour apprécier le caractère essentiel ou non de la clause ? Une clause pénale n'est pas essentielle lors de la conclusion du contrat, elle ne le devient que lorsqu'une inexécution contractuelle apparaît, permettant alors son application. Il en va également ainsi d'une clause qui écarterait toute possibilité de modifier le contrat en cas d'imprévision comme prévu par l'article 1195 du Code civil : au moment de la conclusion du contrat, une telle clause n'est pas en soi essentielle, elle ne le devient qu'en cas d'apparition d'un événement imprévisible affectant l'économie du contrat comme voulu par les parties.

On peut donc comprendre pourquoi le législateur a abandonné les termes de « stipulations essentielles » eu égard à la difficulté qu'on peut avoir à définir, appliquer et appréhender la notion et cela, d'autant plus que ces termes ne correspondent ni à la réalité ni à l'esprit de la notion de contrat d'adhésion.

Paragraphe 2 —Une notion en contradiction avec l'esprit du contrat d'adhésion

Le contrat d'adhésion n'est pas redoutable dans ses stipulations essentielles que sont le prix ou l'objet du contrat, mais plutôt dans les stipulations accessoires auxquelles l'adhérent ne se méfie point. Il s'agit ainsi des clauses limitatives ou exclusives de garantie ou de responsabilité, des clauses de transfert de risques, clauses de dédit, clauses pénales...

Ainsi, le déséquilibre du contrat d'adhésion ne provient pas uniquement des clauses essentielles, mais aussi des clauses « accessoires » qui régissent et organisent le contrat. C'est ainsi dans les détails que l'abus se cache¹⁶.

Comme l'affirmait si bien Pichon dans sa thèse de 1909 ¹⁷consacrée au contrat d'adhésion, « l'on peut poser en principe que les clauses essentielles des contrats d'adhésion sont acceptées sciemment et librement par les deux parties » là où les clauses accessoires ne sont ni débattues ni négociées par les parties. Aussi, l'article 1171 du Code civil sur la suppression des clauses abusives a entendu exclure de son champ d'application les clauses relatives à l'objet et au prix qui sont des clauses les plus importantes de la plupart des contrats et auxquelles les parties ont nécessairement prêté attention et ont donc accepté sciemment, en connaissance de cause.

En effet, les clauses accessoires du contrat sont validées inconsciemment par la partie qui ne les a pas rédigées. Cette dernière ne regardera que le prix ou l'objet de la prestation, sans aucunement s'inquiéter du reste du contenu contractuel.

D'ailleurs, le contrat d'adhésion répond à une logique précise : avec la modernisation de l'économie, la complexification du monde des affaires et l'évolution technologique, pour des considérations de productivité de masse et de visibilité pour les opérateurs économiques, il a fallu adapter les pratiques juridiques notamment en uniformisant le contenu contractuel par la prédétermination des clauses organisant la relation contractuelle.

Une telle pratique permet un gain de temps certain, toute personne étant soumise au même contrat et aux mêmes conditions sans pouvoir négocier le contenu contractuel.

¹⁶ T. Revêt, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016. n° 30, p.1771 et s

¹⁷ V.Pichon, *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, thèse, la revue judiciaire 1912

« Vous ne voyez même pas la personne juridique avec qui vous traitez, mais seulement des employés qui se bornent à répéter ce qu'on les a chargés de dire ; dès lors, impossible de discuter avec eux, autant vaudrait discuter avec des phonographes »¹⁸.

Aussi, un opérateur économique d'une puissance économique certaine pourra imposer à ses contractants les conditions dans lesquelles la vente ou la prestation de service s'effectuera. Les clients potentiels n'auront alors de choix que d'accepter ou de refuser le contrat, sans pouvoir en modifier le contenu.

Par exemple, pour l'achat d'un téléviseur dans un centre commercial, il n'est pas possible de négocier les clauses relatives à l'exécution de la vente telles que la clause de réserve de propriété, la clause de non-garantie ou limitative de garantie, la clause évasive ou limitative de responsabilité. D'ailleurs, très peu d'acheteurs prennent conscience de la portée juridique de cet acte d'achat. Ils ne voient que le prix et l'objet du contrat, le téléviseur, sans s'inquiéter des conditions entourant l'exécution de la vente. Ce ne sera qu'en présence d'un dysfonctionnement de l'appareil que ces clauses qui étaient inconnues et inutiles lors de la vente deviennent pour le vendeur une échappatoire à toute responsabilité et pour l'acheteur un piège dans lequel il est pris.

De même, en matière d'assurance, l'assuré ne peut négocier et déterminer les clauses relatives à la limitation de la garantie ni celles relatives à l'exclusion des risques tout comme le montant du plafond de l'indemnité en cas de réalisation du risque assuré. Ainsi, la qualité du consentement est amoindrie par cette impossibilité de déterminer le contenu contractuel, au-delà des clauses relatives au prix et à l'objet. Pour autant, le consentement existe et c'est ce qui fait du contrat d'adhésion un réel contrat et non une loi.

Dans le même ordre d'idée, un emprunteur ne détermine pas non plus le contenu du contrat de prêt qu'il a conclu avec la banque notamment la clause pénale, les intérêts de retard, l'exigibilité anticipée de la somme due.

¹⁸ G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *Rev. trim. dr.civ.*, 1910, p. 503



Section 2 —L’ambiguïté des termes « conditions générales »

À la suite de ces différentes critiques, le législateur en 2016 a remanié la définition du contrat d’adhésion pour substituer les vocables de « stipulations essentielles » à « celles de conditions générales ». Toutefois, on peut noter que dans la définition du contrat de gré à gré, antonyme du contrat d’adhésion, le législateur n’a pas choisi les termes de « conditions générales », mais plutôt celui de « stipulations ».

Ainsi, le terme de conditions générales était plus apte à saisir cette réalité que revêt le contrat d’adhésion. Pour autant, comment définir les conditions générales ? Il s’agit d’une notion que le droit positif connaît déjà (paragraphe 1), pourtant la jurisprudence devra la définir à l’aune de la volonté du législateur (paragraphe 2).

Paragraphe 1 —Une notion connue de lege lata

Le droit commercial connaît la notion de « conditions générales » notamment les conditions générales de vente et les conditions générales d’achat. Ainsi, le code de commerce à son article L.441-6 prévoit l’obligation pour tout producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur de communiquer leurs conditions générales de vente qui constituent le socle unique de la négociation commerciale.

Si le code de commerce connaît cette notion, il ne la définit pas, de sorte que la doctrine s'en est saisie pour tenter d'y apporter une définition.

Ainsi, le professeur Seube définit les conditions générales comme des « clauses abstraites applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un cocontractant à son partenaire »¹⁹.

Les conditions générales ont une importance pratique considérable en ce qu'elles permettent d'uniformiser des pratiques de l'entreprise et éviter les divergences de pratiques entre les différents points de vente ou les différents contractants de l'entreprise. Dès lors, les conditions générales permettent de normaliser les relations de commercialisation en les standardisant en un document unique.

Les conditions générales permettent également à l'entreprise de réfléchir et faire le point sur la pertinence de sa pratique ainsi que d'évaluer leur justesse d'un point de vue juridique et économique.

Par exemple, pour une entreprise de téléphonie telle que SFR, il est capital de pouvoir déterminer les conditions générales de vente, mais également d'abonnement et d'utilisation, car il est très difficile de déterminer pour chaque client un contrat unique avec des conditions spécifiques. Pour la bonne marche de l'entreprise, il est ainsi nécessaire de standardiser les relations contractuelles avec les abonnés en communiquant en amont les conditions générales par le biais desquelles SFR conclut ses contrats.

Il en va de même des contrats de distribution qu'elle conclut avec des partenaires en vue de distribuer des packs comprenant des mobiles prêts à emploi. Pour un gain de temps, de clarté et d'uniformité, il est beaucoup plus simple pour l'opérateur de téléphonie de communiquer ses conditions générales de vente aux fins de faciliter par la suite la détermination du contenu du contrat de distribution.

Les conditions générales peuvent contenir plusieurs éléments selon les choix et la volonté de son créateur ; il n'y a pas de règles. Toutefois, certains textes, tels que le Code de commerce ou le code de la consommation, imposent certains contenus.

¹⁹ A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, Mélanges Jauffret, p. 555

On y retrouve souvent :

- Un préambule
- Une présentation du ou des biens vendus et des services proposés par la société
- Une rubrique relative aux commandes
- Une Rubrique relative à la livraison
- Une clause relative au transfert de propriété et de transfert des risques
- Une clause relative au paiement, imposée par le législateur : le code de commerce impose que soient précisés les délais de paiement, les pénalités en cas de retard de paiement, les indemnités en cas de frais de concurrence (L441-6 c.com)
- Les clauses relatives aux garanties et responsabilités : clauses limitatives de garantie ou de responsabilités
- Les clauses relatives au tribunal compétent en cas de litige

Au-delà du code de commerce, le Code civil dans sa version réformée connaît également cette notion. Ainsi, l'article 1119 nouveau du Code civil dispose que « les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.

En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet.

En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières ».

Là encore, aucune définition des conditions générales n'est apportée. La jurisprudence avait amorcé le régime des conditions générales, la réforme la complète. En effet, la jurisprudence exigeait pour que les conditions générales soient opposables à l'autre contractant que ce dernier en ait eu connaissance²⁰.

Il faut donc une connaissance et une acceptation des conditions générales pour que celles-ci soient opposables à un contractant.

²⁰ Civ. 1re, 11 mars 2014, n° 12-28.304 / Com. 5 mars 2002, n° 98-17.488

La question qui se pose alors est de savoir si les termes « conditions générales », auxquelles l'article 1110 alinéa 2 fait référence, doivent être compris au sens du Code de commerce et au sens de l'article 1119 du Code civil.

Les conditions générales en ce qu'elles sont déterminées à l'avance par l'une des parties répondent à l'esprit de la notion de contrat d'adhésion ; on serait donc tenté de penser que l'article 1110 fait référence aux conditions générales telles que l'entendent le code de commerce et l'article 1119 du Code civil. Toutefois, l'objectif des conditions générales au sens commercial du terme diffère de celle du contrat d'adhésion. En effet, les conditions générales constituent un document contractuel, mais ne constituent pas en elles-mêmes le contrat qui sera conclu par les parties.

Ainsi, si les conditions générales sont soustraites à la négociation puisque déterminées seules par une des parties, le contrat lui-même peut être négocié. Ces conditions particulières négociées par les contractants se substitueront alors aux conditions générales. Ainsi, SFR peut transmettre ses conditions générales de vente et Carrefour ses propres conditions générales d'achat à SFR. Pour autant, le contrat de distribution tel que défini et déterminé par les parties peut avoir été négocié. Le contrat d'adhésion a pour but d'imposer le contenu contractuel aux potentiels contractants sans que ces derniers puissent avoir une marge de manœuvre dans la négociation de ce contenu. Ainsi, les Abonnés de SFR n'ont pu négocier ni les conditions générales d'abonnement et d'utilisation ni le contrat qu'ils ont signé.

De plus, il est difficile de croire que le législateur ait souhaité limiter la qualification aux contrats qui feraient référence à un document contractuel désigné comme étant des conditions générales. Seraient alors exclus de la qualification les contrats qui n'auraient pas de documents contractuels intitulés conditions générales. Il serait alors aisé de contourner la qualification en évitant toute référence aux conditions générales.

Considérer ici que le critère est purement formel serait anéantir l'objectif du texte. Quand bien même le rapport au Président de la République ²¹est muet concernant l'objectif de la consécration de la notion de contrat d'adhésion, le régime du texte donne une piste.

²¹ *Légifrance, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25*

En effet, la qualification en contrat d'adhésion est la condition sine qua non de la suppression de la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Aussi, la raison d'être du texte est de permettre de distinguer les contrats dont le contenu a pu être discuté, négocié et les contrats où cette négociation a été impossible puisque dès lors qu'aucune négociation n'a été ouverte, une des parties a déterminé en sa faveur le contenu contractuel au détriment de l'autre partie. Il est donc logique que le juge puisse rééquilibrer le contrat par la suppression des clauses créant un déséquilibre significatif et éviter que l'autre partie ne subisse le contrat au détriment de ses propres intérêts.

Dès lors, le recours à un critère purement formel semble exclu.

Pour autant, doit-on considérer qu'il s'agit d'un critère substantiel? Dans cette acception, les termes « conditions générales » employés renverraient aux clauses essentielles du contrat. Les conditions générales seraient alors les stipulations essentielles ce qui est improbable. Si le législateur a modifié les termes « stipulations essentielles » utilisés dans le projet de réforme en 2015²² pour celles de conditions générales, c'est que les deux notions sont totalement différentes et ne revêtent pas la même signification.

Ceci ne permet toujours pas de définir la notion de conditions générales. On sait ce qu'elles ne sont pas eu égard au droit positif, mais pas ce à quoi elles font référence. En l'absence de définition prévue par l'article 1110 du Code civil, la jurisprudence aura à définir ce qu'il faut entendre au travers de cette notion.

²² Article 1108, PROJET D'ORDONNANCE du 25 février 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Paragraphe 2 — Une notion à définir de lege ferenda

Le législateur aurait pu définir la notion de conditions générales, mais il s'est bien gardé de le faire.

La notion de « conditions générales » à laquelle le texte fait maladroitement référence est une notion autonome en ce qu'elle ne fait pas référence au sens formel tel qu'on l'entend en droit commercial. Le législateur semble avoir voulu garder un certain flou afin de permettre au juge lors de la qualification du contrat de déterminer si l'économie du contrat et le contenu contractuel en son ensemble ont été déterminés unilatéralement par une des parties.

Il appartiendra alors à la jurisprudence de définir la notion, peut-être en s'inspirant de droits étrangers.

En effet, le Code civil allemand définit à son article 305 les conditions générales comme : « Les stipulations contractuelles prérédigées pour une multitude de contrats et proposées par une partie à son cocontractant lors de la conclusion du contrat »²³. Aussi, pour le législateur allemand, les conditions générales renvoient à des clauses rédigées à l'avance par l'une des parties, et ce, pour qu'elles soient portées à la connaissance de ses potentiels cocontractants. Le texte semble ainsi viser les conditions générales au sens du droit commercial et les contrats types.

Dès lors, peu importe qu'il existe formellement un document dénommé conditions générales de vente (CGV) ou d'achat (CGV), le contrat sera considéré comme d'adhésion dès lors que ses clauses seront prérédigées dans « une multitude de contrats » pour être suggérées aux potentiels contractants. Il suffira que la détermination du contenu contractuel échappe à un des contractants pour que le contrat soit d'adhésion.

Toutefois, cette définition issue du droit allemand comporte quelques difficultés. Que faut-il entendre par une multitude de contrats ? Pour les contrats de masse, il n'y a point de difficultés dès lors que tous les contractants seront soumis à la même loi contractuelle. Ainsi, les abonnés d'un opérateur téléphonique auront des contrats avec un contenu identique sauf le prix et le contenu de la prestation qui seront différents en fonction de l'offre souscrite. Il en va de même pour les assurés en matière d'assurance ou les emprunteurs en matière de prêt.

²³ Allgemeinen geschäftsbedingungen Gesetz, AGB-Gesetz, article 305, 9 décembre 1976

En revanche, au regard à cette définition, un contrat unique dont les stipulations contractuelles ont été prérédigées par un seul des contractants ne pourra pas être considéré comme d'adhésion en l'absence de conditions générales.

Par exemple, voici un contrat de vente d'un fonds de commerce, monsieur X commerçant connaissant des difficultés financières décide de vendre son fonds à madame Z. Le contenu du contrat de vente est rédigé par l'avocat de cette dernière. En ce cas, on a bien des clauses contractuelles déterminées par une des parties (madame Z), mais pas pour une multitude de contrats.

Autre exemple, madame A est propriétaire d'un fonds de commerce et souhaite recourir à une location-gérance. Monsieur B est très intéressé par un tel contrat puisqu'il a lui-même déjà par le passé été locataire gérant d'un fonds similaire. Le contrat de location-gérance est rédigé en son entier par madame A sans que monsieur B n'ait pu voir ses observations prises en compte malgré ses réticences eu égard à certaines clauses dudit contrat. En ce cas, il n'y a pas contrat d'adhésion puisqu'il n'y a pas de conditions générales au sens du droit allemand. Le contenu est certes prérédigé par une des parties, mais pas pour une multitude de contrats.

Cette définition issue du droit allemand est ainsi réductrice en ce qu'elle exclut les situations où une des parties a déterminé le contenu contractuel, sans recourir à un contrat type ou à des conditions générales au sens formel. Une telle définition permettrait de contourner la qualification en utilisant ni des conditions générales au sens formel ni en recourant systématiquement à des contrats types.

Il suffirait alors de créer des contrats dont le contenu serait substantiellement le même en ce qu'ils iraient toujours dans les intérêts du contractant qui les a rédigés, mais sans pour autant avoir toujours les mêmes clauses au mot près.

De plus, à partir de quand peut-on parler de « multitudes » ? Si un franchiseur a fait signer dix contrats dont le contenu est identique à dix de ses franchisés et que son réseau fait état de cent cinquante franchises dans toute la France et les DOM-TOM inclus ; peut-on considérer qu'il a eu recours à « des stipulations contractuelles prérédigées pour une multitude de contrats et proposées par une partie à son cocontractant lors de la conclusion du contrat » ?

Il est certain que cette définition des conditions générales exclut les conventions et clauses contractuelles qui ont été individuellement négociées entre les parties, mais elle aboutit à exclure également les contrats qui ne sont pas des contrats types ou qui ne sont pas soumis à des CGV ou des CGA alors même que ces contrats n'ont fait l'objet d'aucune négociation.

Les conditions générales englobent à la fois les conditions générales au sens formel, les contrats types, mais aussi ces contrats dont la plupart des clauses ont été rédigées par une seule partie, et ce, dans son intérêt exclusif. Ce n'est pas un critère formel qu'il faut ici prendre, mais un critère matériel.

Dans ce cadre, les conditions générales seraient l'ensemble des clauses ayant pour vocation de régir, d'entourer, circonscrire, la relation contractuelle dans son ensemble et permettent au contrat d'établir un équilibre entre les droits et obligations de chacune des parties. Dès lors, ce qui justifierait que les clauses abusives soient neutralisées serait justement le fait que ces clauses qui auraient dû être négociées et établies par les parties ne l'ont été que par une seule d'entre elles au détriment de l'autre.

D'ailleurs, l'un des sens premiers du mot « condition » est celui de « clause » : telle était, en effet, la signification du mot du latin classique « *condicio* ». Les « conditions générales » sont donc les « clauses générales », autrement dit, « la plupart des clauses » du contrat.

Que faire lorsque chacune des parties au contrat aura présenté à l'autre ses conditions générales ? Voici un fournisseur qui oppose à un distributeur ses conditions générales de vente. Ce même distributeur oppose à son tour ses conditions générales d'achat au distributeur. Il y a bien des conditions générales, mais en ce cas elles proviennent des deux parties qui s'opposent mutuellement leurs conditions générales. Doit-on considérer le contrat conclu comme d'adhésion ? Si oui, quelle partie est adhérente ?

Dans une première approche, on pourrait considérer que les deux parties sont adhérentes, l'une adhère aux conditions générales de vente de l'autre et l'autre aux conditions générales d'achat de l'autre.

Une telle approche ne saurait aboutir en ce que les CGA et les CGV s'opposent naturellement ; tout comme en mathématique où deux signes moins deviennent un signe plus (+), en présence de CGV et de CGA on pourrait considérer qu'elles se neutralisent de sorte que le contrat doit être nécessairement négocié ou que l'une des parties renonce à ses propres conditions générales au profit de celles de l'autre partie.

Le Code civil à son article 1119 apporte un début de solution à ce dilemme :

« Les conditions générales invoquées par une partie 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 ».

Ainsi, les conditions générales incompatibles se neutralisent et en présence de contradiction entre conditions générales et conditions particulières, les secondes ayant été négociées l'emportent sur les premières forcément pré-rédigées par l'une des parties. On pourrait donc affirmer qu'en présence de CGV et de CGA, les clauses contraires se neutralisent, mais cela ne nous dit pas si le contrat est d'adhésion ou pas.

Plusieurs hypothèses peuvent alors être émises :

Le contrat prévoit expressément que seules les conditions générales d'une des parties s'appliquent : on est en présence de conditions générales pré-rédigées par une des parties donc a priori il y a contrat d'adhésion.

Les deux parties renoncent à leurs conditions générales et négocient les termes de leur contrat : le contrat est alors de gré à gré.

Les deux parties renoncent à leurs conditions générales, mais une seule va déterminer le contenu contractuel et l'imposer à l'autre : en ce cas, si l'on entend les conditions générales comme celles qui régissent la relation contractuelle et instaure un équilibre entre les droits et obligations des parties, le contrat est d'adhésion.

Aucune des parties ne renonce à ses conditions générales qui sont toutes deux applicables : en ce cas, l'article 1119 va régler les difficultés relatives aux dispositions qui se contredisent.

Néanmoins, la qualification du contrat demeure inconnue.

Si l'un adhère aux conditions générales de vente de l'autre et l'autre aux conditions générales d'achat du premier, il y aurait une double adhésion. Le contrat serait alors de gré à gré, le contenu contractuel étant composé à la fois des conditions générales de vente et des conditions générales d'achat. En pratique, cette hypothèse est rare.

De plus, le code de commerce régit également la superposition entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat. L'article L.441-6 dispose que « les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale ». Ce texte prévoit une prééminence des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat : la base de la négociation est les conditions générales de vente et tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de les communiquer.

Dès lors, il est vivement conseillé aux acheteurs de ne pas communiquer leurs conditions générales d'achat afin d'éviter toute qualification en contrat d'adhésion à leur détriment. Il est préférable de partir des conditions générales de vente, socle de la négociation commerciale, pour rédiger le contrat. Il leur sera même possible de se prévaloir de la qualification en contrat d'adhésion dès lors que le contrat est basé sur les conditions générales de vente du producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur, et ce, en l'absence de possibilité de négocier le contrat.

En tout état de cause, il appartiendra aux juges du fond de définir la notion de « conditions générales » sous le contrôle attentif de la Cour de cassation, au fil des jurisprudences et des affaires dont elle sera saisie cette notion de conditions générales.

Chapitre 2 — Une prédétermination

Le deuxième critère est celui de la prédétermination des conditions générales. Le contrat pour être d'adhésion doit donc voir ses conditions générales rédigées à la fois à l'avance (Section 2) et unilatéralement par l'une des parties (Section 1).

Section 1 — La rédaction des conditions générales par l'un des contractants

Cette exigence de rédaction par l'une des parties est logique. Il est de l'essence même du contrat d'adhésion d'être déterminé par une seule des parties. Dans le cas où, les deux parties ont déterminé ensemble le contenu contractuel, le contrat serait alors de gré à gré.

Si cette condition de rédaction par l'un des contractants semble a priori simple, en pratique il existe des cas où cette relative simplicité révélera des difficultés auxquelles le législateur n'a pas nécessairement pensé.

Ainsi, des difficultés surviendront lorsque le contenu contractuel aura été déterminé par le législateur lui-même (Paragraphe 1) ou que l'une des parties a demandé à un tiers de rédiger le contenu contractuel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La détermination du contenu contractuel par le législateur

Il est des contrats dont la loi impose le contenu. En ce cas, la question évidente qui se pose est celle de savoir si la condition relative à la détermination par l'une des parties est, en ces cas, satisfaite.

Ainsi, il est possible de citer plusieurs contrats dont tout ou partie du contenu contractuel sera dicté par le législateur.

En matière de baux d'habitation, le décret du 29 mai 2015²⁴ institue plusieurs contrats types de location de logement à usage de résidence principale. Dès lors, doit-on considérer que ce contrat, à défaut d'avoir des conditions générales déterminées par le bailleur, ne saurait être qualifié en contrat d'adhésion ? Il ne faut pas oublier les conséquences relatives au rejet ou à l'admission de la qualification de contrat d'adhésion. En effet, la qualification permettra soit d'appliquer, soit de rejeter le régime auquel la notion est rattachée à savoir l'interprétation des clauses du contrat contre celui qui les a proposées et surtout la suppression des clauses abusives.

Dès lors, si l'on admet que le bail d'habitation n'est pas un contrat d'adhésion, car son contenu n'a pas été déterminé par une partie, mais par le législateur, en ce cas, le locataire ne pourrait plus demander la sanction des clauses créant un déséquilibre significatif qui seraient insérées dans le contrat. Or, la jurisprudence a pu sanctionner une clause de répartition des charges, car considérée comme créant un déséquilibre significatif²⁵.

On pourrait trouver une clef de solution dans le décret lui-même. En effet, il prévoit que le contrat type ne contient que « les clauses essentielles du contrat », les parties étant libres de prévoir dans le contrat d'autres clauses particulières. Dès lors, il faudrait à notre sens reporter l'analyse de la qualification non pas sur les clauses imposées par le législateur, mais sur les clauses insérées volontairement. Soit ces clauses ont été déterminées par l'une des parties, à savoir le bailleur, en ce cas la condition de détermination par l'une des parties est remplie, soit ces clauses ont été déterminées par les deux parties et en ce cas, la condition n'est pas remplie.

²⁴ D. no 2015-587, 29 mai 2015 relatif aux contrats types de location de logement à usage de résidence principale

²⁵ Cass. 3e civ., 17 déc. 2015, no 14-25.523

Il ne faut pas confondre contrat type et contrat d'adhésion qui sont deux notions distinctes : « les contrats types sont des formules contractuelles rédigées par des organismes professionnels ou par une administration et qui peuvent ou doivent être utilisées par les parties à un contrat pour en déterminer le contenu »²⁶. Le contrat d'adhésion est le contrat dont les conditions générales sont soustraites à la négociation par une des parties, l'autre n'ayant alors de choix que d'accepter ou de le refuser en bloc le contrat. Le contenu du contrat d'adhésion peut consister en la reprise, facultative ou obligatoire, d'un contrat type, mais ce n'est pas nécessairement un contrat type. Certes, les conditions générales doivent être préétablies par l'une des parties qui peut donc recourir pour tous ses contractants à des contrats types, mais ce peut être également un contrat destiné spécialement à un contractant, mais dont le contenu a été entièrement déterminé par une seule des parties.

En matière de marchés publics, le code des marchés publics détermine le contenu et le processus d'attribution du marché, afin de faire respecter une mise en concurrence des entreprises et éviter tout délit de favoritisme de la personne publique.

Dès lors, doit-on qualifier les marchés publics, dont le contenu est déterminé unilatéralement par la personne publique, de contrats d'adhésion ? La réponse n'est pas évidente.

En effet, le pouvoir adjudicateur détermine les conditions dans lesquelles les offres des candidats seront acceptées, les critères qu'il retiendra, la fourchette de prix du marché, les documents à fournir (bordereau de prix unitaire, mémoire technique, acte d'engagement, le détail quantitatif estimatif...). Ces éléments sont retranscrits dans le règlement de consultation, mais également dans le Cahier des Clauses Techniques Particulières (CCTP) et le Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP) auxquelles les candidats doivent adhérer pour pouvoir voir leurs offres non rejetées.

De même, la possibilité de proposer des variantes ou des options, relève de la volonté unique du pouvoir adjudicateur. Ainsi, les candidats ne pourront en quelque sorte « négocier » le marché que si le pouvoir adjudicateur l'a prévu dans le règlement de consultation.

²⁶ T.Revêt, *L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion*, RDC n°01, 2015 p199 et s

Soit le règlement de consultation ne prévoit ni la possibilité de proposer de variantes ni d'options, auquel cas, le candidat n'a de choix que de proposer une offre conforme aux volontés du pouvoir adjudicateur ou de ne pas candidater.

Soit le règlement de consultation prévoit la possibilité de présenter des variantes ou des options auquel cas le candidat pourra modifier en quelque sorte le marché, mais la décision de rejeter ou d'accepter la variante ou l'option est entre les mains du pouvoir adjudicateur.

On pourrait dès lors considérer que la passation de marchés publics constitue des contrats d'adhésion dès lors que le pouvoir adjudicateur impose ses conditions générales qu'il a unilatéralement déterminées aux potentiels candidats. Ces derniers n'ont alors la possibilité que de s'y conformer ou de proposer des variantes ou options, mais toujours sous condition d'autorisation et de validation de ces variantes et options par le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, les marchés publics ont une philosophie différente des contrats de droit privé. En effet, les marchés publics induisent un régime dérogatoire au droit commun, et cela se traduit par les prérogatives de puissance publique dont la personne publique est investie, car celle-ci poursuit un but d'intérêt général. Dès lors, l'esprit de tels contrats exclut par nature le régime du contrat d'adhésion. Les contrats administratifs qui induisent des prérogatives de puissance publique seraient exclus du dispositif, car ils obéissent à un régime dérogatoire du droit commun.

Néanmoins, les contrats privés que la personne publique peut par exemple conclure dans le cadre de son activité industrielle et commerciale sont susceptibles d'être qualifiés de contrats d'adhésion. Ainsi, si la personne publique a déterminé unilatéralement le contenu du contrat privé qu'elle a conclu avec une personne privée, le contrat encourt la qualification de contrat d'adhésion. Inversement, si une personne privée a unilatéralement déterminé le contenu du contrat privé qu'elle a conclu avec une personne publique, un tel contrat encourt la qualification de contrat d'adhésion.

Par exemple, une convention d'occupation temporaire du domaine public pour l'installation d'antenne relais qu'une commune a conclue avec opérateur téléphonique peut être qualifiée d'adhésion dès lors que la commune ou l'opérateur en a imposé le contenu.

Une question se pose en matière de délégation de service public où une mise en concurrence en vertu des règles de transparence en droit public a été effectuée. Voici un fontainier délégataire du service public de l'eau sur la commune de Saint-Denis. Elle rédige unilatéralement les contrats d'abonnement à l'eau auxquels les contribuables adhèrent.

Doit-on considérer que c'est la commune qui a unilatéralement déterminé le contenu contractuel ou le délégataire ?

Le risque d'exploitation incombant au délégataire, c'est bien lui qui détermine unilatéralement le contenu contractuel même si le délégataire exploite pour la commune le service public concerné.

On peut également citer les baux commerciaux. Le Code de commerce sous le chapitre V du titre IV intitulé « Du fonds de commerce », le législateur a instauré un régime de protection du preneur à bail en mettant en place :

- L'état des lieux
- La durée minimale du bail
- La résiliation du bail en acquisition d'une clause résolutoire
- La déspecialisation du bail
- Le droit du locataire au renouvellement de son bail
- Un droit à indemnité d'éviction pour le preneur
- Le droit du locataire de céder son bail
- La cession de droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce
- L'encadrement du loyer et la répartition des charges entre le bailleur et le preneur
- Le droit de préférence au profit du preneur en cas de vente des locaux

On peut dès lors considérer que les conditions générales du bail commercial sont imposées par le législateur et non le bailleur. Néanmoins, encore une fois, ce n'est pas tout le contrat qui est

imposé, mais uniquement une partie de celui-ci. Au-delà de ces clauses dont le contenu est prévu par le législateur, d'autres clauses peuvent être insérées par le bailleur telles que celle portant sur la destination du bien loué, celle sur la mise en place d'un cautionnement à la charge du preneur, ou encore celle relative à l'obligation d'assurance du preneur. En effet, au-delà des clauses imposées par le législateur, le bailleur est libre.

Or, l'objectif de cette loi tout comme la réglementation en matière de bail d'habitation, est de protéger une partie considérée comme faible, le preneur, face à une partie considérée comme forte, le bailleur.

Dès lors, il serait illogique de faire échapper le bail commercial au régime du contrat d'adhésion au motif que le législateur serait à l'origine du contenu contractuel. Il n'y a pas ici de contrat type spécifique, le bailleur doit uniquement veiller au respect des droits du preneur en vertu de la loi, mais s'agissant du reste du contenu contractuel, il demeure libre de le déterminer.

Toutefois, il est possible de considérer que l'exigence de protéger une partie faible disparaît dès lors que le législateur est intervenu aux fins d'imposer le contenu du contrat. Mais cela engendrerait un effet pervers contraire à l'idée même de protection : on se retrouverait ainsi avec des contrats tels que la vente ou le contrat d'entreprise qui pourront être qualifiés de contrats d'adhésion. La partie qui aurait subi le contrat pourrait donc voir privées d'effet, les clauses créant un déséquilibre significatif à son détriment.

Mais les contrats, notamment le bail commercial ou le bail d'habitation dans lequel le législateur a entendu mettre en place une protection en imposant le contenu de certaines clauses, ne pourront être qualifiés de contrats d'adhésion, car une protection existerait déjà. Dès lors, le preneur dans le cadre de ces deux contrats ne pourra demander la suppression des clauses abusives. L'adhérent au contrat de vente ou d'entreprise serait donc mieux loti que le preneur adhérent au contrat de bail.

Il serait ainsi plus logique de considérer que dans ces contrats, même si la liberté contractuelle du bailleur est encadrée par le législateur, il n'en demeure pas moins qu'elle existe. Dès lors, il est tout à fait possible de considérer que le contrat est d'adhésion si les autres critères de qualification sont remplis.

Paragraphe 2 - La détermination du contenu contractuel par un tiers

L'article 1110 du Code civil sur cette condition de détermination unilatérale par une des parties, n'envisage pas non plus selon que « les conditions générales » sont déterminées non pas par la partie, mais par un tiers.

Il s'agit d'envisager deux types d'hypothèses :

- ⇒ La rédaction du contrat par un représentant d'une des parties
- ⇒ Le recours à des formulaires types

Dans cette première hypothèse, le contrat sera rédigé par un tiers mandaté à cet effet par l'une des parties ou les deux. En ce cas, doit-on considérer que le contrat est d'adhésion, alors que son contenu n'a pas été déterminé à proprement parler par une partie ?

Il faudra ici distinguer deux situations :

- Le recours volontaire à un conseil par les deux parties

C'est la situation dans laquelle les deux parties recourent à un même conseil aux fins de rédiger le contrat qui les liera.

De prime abord, on pourrait considérer qu'un tel contrat serait de gré à gré dès lors que le conseil a vocation à représenter les deux parties, et donc de rédiger l'acte dans l'intérêt des deux parties.

Toutefois en pratique, il est difficile de concevoir qu'un même conseil puisse réussir à rédiger un acte conforme aux intérêts de deux parties à la fois. En effet, comment concilier des intérêts contradictoires ? Une clause favorable à l'un sera en un sens défavorable à l'autre. Par exemple, en matière de bail commercial, il serait difficile de rédiger un contrat qui ne serait ni en faveur du bailleur ni du preneur.

Ainsi, il n'est pas évident d'affirmer sans l'ombre d'un doute qu'un tel contrat n'est pas d'adhésion. De plus, exclure la qualification en ce cas serait un moyen de contourner l'application du régime.

Dès lors que le contrat sera considéré comme rédigé par un conseil mandaté par les deux parties, il n'y aurait pas contrat d'adhésion, car il n'a pas été rédigé par une seule des parties, mais les deux.

Si la jurisprudence admet qu'un tel contrat peut être qualifié d'adhésion, le conseil peut-il voir sa responsabilité engagée ? La réponse viendra assurément avec la jurisprudence.

- Le recours volontaire à un conseil par une des parties

Une partie peut recourir à un conseil, un avocat ou un notaire par exemple, pour rédiger le contrat pour son compte. En pratique, la plupart des contrats conclus sont rédigés par un conseil que ce soit un avocat ou un notaire. En effet, la technicité du droit nécessite souvent le recours à un conseil éclairé aux fins de représenter au mieux les intérêts de la partie.

Ainsi, une entreprise de distribution de panneaux solaires peut recourir à un avocat pour la rédaction d'un contrat de fourniture avec une galerie commerciale.

Ici, le rôle du professionnel serait de rédiger un contrat qui serait dans l'intérêt de son client et donc forcément au détriment de la galerie. L'avocat n'est alors que l'intermédiaire entre le contrat et l'entreprise de distribution ; il met au service de la partie sa plume et son intellect. Dès lors, le contrat est potentiellement d'adhésion puisque ses conditions générales ont été unilatéralement déterminées par une partie par le biais de son représentant.

En effet, il est de l'essence de la profession d'avocat de représenter son client, il rédige des actes sous la demande et dans l'intérêt de ce dernier tout comme dans le cadre d'un procès, il représente les intérêts de son client et le défend.

Cependant, même si la partie a effectivement mandaté un professionnel pour rédiger le contrat, la plupart du temps les parties se contentent de décrire l'opération escomptée. Il revient alors au conseil de rédiger les clauses qui régiront la relation. Aussi, le rédacteur va rédiger le contrat de sorte qu'il lui soit le plus favorable possible à la partie mandante, sans que celle-ci en ait nécessairement fait la demande. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de réservation d'un logement en l'état futur d'achèvement (Véfa), l'acheteur aura peu de marge de négociation, mais le contrat sera rédigé par le notaire et non par le promoteur.

Même dans ce cas, le rôle de l'avocat ou du notaire est de représenter son client et d'agir dans l'intérêt de ce dernier.

S'agissant des contrats rédigés par un juriste d'entreprise, il n'y a pas réellement de rédaction par un tiers dès lors que le juriste d'entreprise est un élément de l'entreprise. Il en est salarié et agit sous l'autorité et sous les consignes de son employeur. Le contrat comme rédigé par le juriste, sous réserve du respect des règles légales impératives en matière de droit du travail, est donc nécessairement dans l'intérêt exclusif de la société dans lequel il travaille : on peut donc considérer que c'est la société, partie au contrat, qui a rédigé le contrat.

Cas concret présenté par le ministère de la Justice sur son site internet : un particulier loue un appartement pour ses vacances sur un site de petites annonces, et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans son accord et sans indemnités.

Grâce à la réforme, le particulier pourrait demander au juge de supprimer cette clause²⁷.

Ce n'est pas le propriétaire qui impose la clause, mais l'agence immobilière. Mais cette dernière agit pour le compte et au nom du propriétaire.

Autre cas, celui du mandat : le mandant donne mandat au mandataire de gérer un portefeuille d'actions avec la possibilité de vendre uniquement certaines d'entre elles. Le mandataire décide de vendre à un tiers des actions qui ne rentrent pas dans le cadre de l'autorisation donnée par le mandant. Le contrat conclu avec le tiers est unilatéralement déterminé par le mandataire. Le contrat est-il d'adhésion ? Là, le mandataire est allé au-delà de la mission que lui a confiée le mandant.

Toutefois, le mandataire, même s'il a excédé ses pouvoirs, a agi au nom et pour le compte du mandant. De plus, le contrat profite au mandant et non au mandataire de sorte qu'effectivement c'est en sa faveur que le contrat a été déterminé, peu important qu'il n'ait pas consenti à l'opération de vente. Une clef de solution pour le mandant serait d'invoquer la nullité du contrat conclu.

S'agissant de la seconde hypothèse, c'est bien une des parties qui proposera à l'autre le contrat, mais en s'aidant d'un formulaire type.

²⁷ Réforme du droit des contrats : des exemples pratiques, justice.gouv.fr

On peut distinguer deux situations :

- Les contrats types rédigés par des éditeurs

Il s'agit des contrats types prérédigés et vendus ou mis à disposition de tous en ligne ou dans des ouvrages.

Par exemple, voici un bailleur qui achète en librairie des modèles de contrat de bail et l'impose au preneur.

Dans ce cas, il est logique de considérer que c'est le bailleur qui a rédigé unilatéralement les conditions générales du contrat dès lors qu'il a choisi et décidé d'imposer le formulaire type qu'il a lui-même acheté ou téléchargé en ligne, et ce même s'il n'en est pas l'auteur. En effet, les contrats tels que rédigés dans les formulaires sont des modèles, destinés à pouvoir être modulés en fonction de la volonté de celui qui l'utilise.

Ainsi, dans notre exemple, le bailleur a la liberté de modifier ou non le bail type selon ses souhaits, il est donc maître du contenu du contrat : il peut choisir de modifier le formulaire type ou alors de le garder en l'état.

- Les contrats proposés par une organisation professionnelle

Parfois, ce sont des organisations professionnelles qui vont proposer un formulaire type qu'il est d'usage dans la profession d'utiliser. Par exemple, en matière bancaire, il existe des formulaires pour les contrats de crédit entre professionnels dans le cadre d'opérations de financement.

Considérer de tels formulaires comme pouvant être qualifiés de contrats d'adhésion viendrait à ruiner de telles pratiques. Néanmoins, cet argument ne saurait être retenu dès lors que cette pratique vise simplement à unifier les contrats passés par les différents établissements bancaires. Il est logique de soumettre ces contrats à la qualification de contrat d'adhésion si les critères sont remplis.

Toutefois, si les deux parties d'un commun accord se réfèrent à ce formulaire proposé par l'organisme professionnel, le contrat n'est plus déterminé par une seule des parties, mais par les deux parties ; choisir de se référer à un formulaire c'est en déterminer le contenu.

En droit canadien, l'article 1379 du Code civil canadien qui définit la notion de contrat d'adhésion dispose que « les stipulations essentielles doivent avoir été imposées par l'une des parties et rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions ». Contrairement à l'article 1110 du Code civil français, le Code civil canadien a entendu envisager les cas où le contenu contractuel serait déterminé par un tiers. Par les termes « *pour son compte* », le Code civil canadien fait référence au contrat rédigé par un conseil pour le compte de la partie mandante. Par le terme, « *suivant ses instructions* », le Code civil canadien entend viser les contrats rédigés par un salarié de l'entreprise tel que le juriste d'entreprise par exemple qui rédige le contrat à la demande et sous les instructions de son employeur.

Section 2 —La rédaction à l'avance des conditions générales

La rédaction à l'avance des conditions générales est une condition sine qua non (Paragraphe 1). En effet, il est de l'essence même du contrat d'adhésion que d'être déterminé préalablement par une des parties. Toutefois, si ce critère semble a priori simple à appréhender, il n'est pas exempt de difficultés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 —L'antériorité de la rédaction : un critère logique

Ce critère temporel est de la nature même du contrat d'adhésion et de l'idée d'unilatéralité lors de la rédaction de ce contrat. C'est parce que l'une des parties a unilatéralement et par avance déterminé le contenu contractuel qu'il convient d'en priver d'effet les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Autrement dit, c'est parce que le contrat d'adhésion revêt un caractère unilatéral qu'il est potentiellement dangereux pour celui qui l'accepte sans avoir la possibilité de le modifier.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'une partie de la doctrine, dont Saleilles, considérait que l'élaboration unilatérale du contenu du contrat avant sa conclusion rapproche le contrat d'adhésion de la loi²⁸. En effet, la loi est déterminée par le législateur seul avant qu'elle ne soit appliquée par les sujets de droit auxquels elle est destinée, sans que ces derniers puissent déterminer le contenu de ladite loi.

Au-delà, ce critère est logique. Il est cohérent que les conditions générales doivent être déterminées à l'avance par l'une des parties pour qu'il y ait contrat d'adhésion. Il est difficile de concevoir une situation où postérieurement à la conclusion du contrat, il y aurait eu une détermination des conditions générales du contrat par les deux parties. La partie qui entend faire adhérer son cocontractant à ses conditions générales va déterminer, avant la conclusion du contrat, le contenu de ces conditions générales.

En pratique, si l'on entend par les termes « conditions générales » celles qui régissent l'organisation de la relation contractuelle, elles seront soit contenues dans un document spécifique soit dans le corps même du contrat, mais dans tous les cas, ces éléments seront déterminés avant la signature du contrat par une des parties. Dès lors, en principe, les conditions générales seront toujours déterminées par avance par la partie qui entend imposer les siennes.

Une remarque d'ordre terminologique peut être faite. Le caractère de la rédaction à l'avance par l'une des parties pouvait être contenu dans l'usage du terme « prédétermination ». Selon le Larousse, le préfixe « *pré* » vient du latin « *prae* » signifiant « devant », indiquant alors l'antériorité dans l'espace ou dans le temps. Ainsi, le terme « prédéterminé » signifie déterminé à l'avance.

Le rajout des termes « à l'avance » ne serait alors d'aucune utilité si le législateur avait usé du terme « prédéterminé » et non de « déterminées à l'avance » par l'une des parties.

Cependant, on pourrait considérer que le législateur a souhaité insister sur l'antériorité de la rédaction d'où l'utilisation des termes « à l'avance » plutôt que du terme « prédéterminé ».

²⁸ F. Chénéde, Raymond Saleilles, *Le contrat d'adhésion*, RDC 2012, p. 241

Dans la définition du contrat de gré à gré, on ne retrouve pas d'exigence temporelle. En effet, le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Il importe peu alors, au regard de cette définition du contrat de gré à gré, que ces stipulations aient été déterminées à l'avance ou non par l'une des parties, tant que ces stipulations ont pu être librement négociées entre les parties.

Paragraphe 2 - L'antériorité de la rédaction : un critère non exempt de difficultés

Si de prime abord le critère semble limpide, derrière cette relative clarté, se cachent des difficultés que le législateur n'a sans doute pas envisagées.

Voici un contrat de prestation de service dûment négocié entre une entreprise de nettoyage et une entreprise de vente de biens. Une année plus tard, un avenant modifiant plusieurs clauses du contrat est signé.

Cet avenant prévoit l'insertion d'une clause pénale en faveur du prestataire, une clause excluant la révision du prix à la baisse en cas d'imprévision, une clause excluant la résiliation unilatérale du contrat ainsi que la possibilité de réduire le prix en cas d'inexécution par le prestataire.

Au jour où le juge devra statuer sur la qualification, doit-on considérer le contrat comme étant d'adhésion ?

En effet, si l'on se place au jour où le juge statue, le contrat ainsi que son avenant ont été signés. Toutefois, les conditions générales de ce contrat ont été modifiées par l'avenant conclu postérieurement. Dès lors, le contrat qui était bien de gré à gré au départ est devenu par la suite d'adhésion, dès lors que l'avenant conclu postérieurement en a modifié les conditions générales.

Au regard du texte, les conditions générales sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Or, dans ce cas de figure, les conditions générales sont déterminées après coup par l'une des parties par l'intermédiaire d'un avenant modifiant les conditions générales. Si l'on se place au jour de la conclusion du contrat, ce dernier est de gré à gré. Mais si l'on se place au jour de la conclusion de l'avenant, le contrat devient d'adhésion.

Au vu de cette condition de prédétermination, on pourrait considérer qu'il importe peu que les conditions générales aient été modifiées unilatéralement par l'une des parties dès lors que cette modification a eu lieu postérieurement à la conclusion du contrat. De ce fait, pour qualifier le contrat, il faudra se placer à la date de conclusion du contrat et non à la date de conclusion de l'avenant.

Toutefois, une telle interprétation viendrait à détourner la qualification en faisant croire à la conclusion à un contrat de gré à gré pour éviter de tomber sous la qualification de contrat d'adhésion, puis à en modifier les conditions par la conclusion d'un avenant.

Par exemple, une société et un partenaire concluent un contrat de partenariat aux fins de permettre à ce dernier de diffuser sur le site internet de son cocontractant des offres relatives à des produits ou services qu'il commercialise à des tarifs préférentiels pour les clients.

La société A qui recense sur son site internet des offres promotionnelles à destination des internautes qui s'y sont enregistrés permet à la société B qui commercialise des produits de beauté de diffuser sur son site des offres relatives à ces produits.

Le contrat de partenariat est négocié par les deux parties, mais trois mois avant le terme dudit contrat, la société A « propose » à son cocontractant un avenant le modifiant à son avantage. Ce dernier accepte cette modification, car il ne souhaite pas laisser s'échapper une opportunité de voir le contrat être prorogé.

Inversement, comment appréhender un contrat dont les conditions générales ont été prédéterminées par une seule des parties, mais dont l'avenant pris postérieurement a été négocié ? Peut-on considérer que le contrat est devenu de gré à gré ?

Là également, il faudrait apprécier la qualification au regard de la conclusion de ce nouvel avenant et non au regard de la date de conclusion du contrat initial. D'ailleurs, la définition du contrat de gré à gré ne contient pas de condition temporelle contrairement à la définition du contrat d'adhésion.

Voici une société à responsabilité limitée fondée en janvier 2017 par trois associés qui rédigent ensemble les statuts de la société. Trois années plus tard, un des associés décide de céder ses parts sociales à un tiers. Les règles statutaires constituent bien les conditions générales du contrat de société. Ces règles ont été négociées par les associés fondateurs, mais l'associé qui acquiert par la suite les parts sociales n'a pu négocier les statuts, il adhère aux statuts qui deviennent donc un contrat d'adhésion pour cet associé non fondateur. Il y aurait donc des associés non adhérents (les fondateurs) et les associés adhérents (les non-fondateurs). Un même contrat peut ainsi revêtir différentes qualifications.

Par ailleurs, un contrat à durée déterminée qui remplirait les critères du contrat d'adhésion, mais qui à l'expiration de son terme continue d'être exécuté par les deux parties reste-t-il d'adhésion ?

L'article 1215 nouveau du Code civil prévoit que « lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat ».

L'article 1214 alinéa 2 nouveau du même code prévoit que « le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent, mais dont la durée est indéterminée ».

Dès lors, si les parties continuent d'exécuter le contrat après son terme, il y a naissance d'un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent, mais à durée indéterminée cette fois-ci. Ce nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent est-il d'adhésion ? On pourrait considérer que oui dès lors qu'il s'agit d'un contrat, certes nouveau, mais qui reprend dans toutes ses dispositions le précédent qui lui était d'adhésion.

Mais on pourrait également considérer que, puisque la partie qui s'est vu imposer le contrat a eu la possibilité de le dénoncer et de demander à redéfinir le contenu contractuel et qu'elle ne l'a pas fait, c'est qu'elle entend se satisfaire de ce contenu.

Autrement dit, ce nouveau contrat est de gré à gré, car chaque partie a disposé de la possibilité de mettre fin au contrat et de le renégocier, mais ne l'a pas fait. Ils ont ainsi souhaité d'un commun accord, en poursuivant l'exécution du contrat, de le transformer en contrat de gré à gré. Toutefois, une telle solution serait éminemment dangereuse en ce qu'elle se satisfait du seul silence des parties. Or, le silence est par essence équivoque : comment déduire du silence des parties leur intention de transformer le contrat d'adhésion en contrat de gré à gré ?

Si l'idée de protection guide la notion de contrat d'adhésion, appliquer la solution mise en exergue ci-dessus irait à l'encontre de cette idée.

Il en irait de même en matière de renouvellement du contrat, si la partie qui n'a pas prédéterminé les conditions générales accepte telle quelle le contenu du contrat renouvelé, alors ce contrat est de gré à gré.

En matière de prorogation, c'est-à-dire lorsque les contractants manifestent la volonté de proroger le terme même du contrat, on pourrait également considérer qu'il s'agit certes du même contrat d'adhésion qui est appliqué, mais qu'encore une fois, l'adhérent a eu la possibilité de mettre fin au contrat ou en tout cas, de demander d'en discuter le contenu. Dans cette situation, les parties se sont manifestées. Elles ont d'un commun accord décidé de proroger dans le temps le contrat. Dès lors qu'il a dûment accepté d'allonger le terme du contrat, il n'est pas illogique d'affirmer que le contrat est devenu de gré à gré.

Dans tous ces cas de figure, l'adhérent qui au départ n'est pas maître du contenu contractuel le redevient plus tard ; notamment au terme du contrat à durée indéterminée. Il lui appartient alors soit de mettre fin au contrat, soit de l'accepter sans tenter de le renégocier, soit de demander la redéfinition du contenu contractuel.

Dans ce dernier cas de figure, il faudra distinguer : soit il parvient à renégocier le contrat auquel cas ce dernier devient de gré à gré, soit il n'y parvient pas auquel cas le contrat reste d'adhésion.

Cette dernière insertion nous amène inexorablement vers le dernier critère, et pas des moindres, qui est celui de la soustraction à la négociation.

Le contrat d'adhésion requiert, et c'est ce qui ressort des critères étudiés dans cette première partie, une inégalité dans les rapports de force.

L'analyse de ces deux premiers critères que sont les conditions générales et la prédétermination démontre que derrière l'apparente clarté de la définition posée par l'article 1110 du Code civil se cache des questionnements et des obstacles d'un point de vue théorique, mais aussi pratique, auxquels le législateur n'a pas nécessairement conscience, mais auxquels le juge sera inévitablement confronté dans son travail de qualification. Ainsi, la notion de conditions générales reste à définir et la prédétermination pose des difficultés lorsque le contenu contractuel a été déterminé par un tiers.

*Ces difficultés se retrouvent également et surtout dans un autre critère déterminant, la soustraction à la négociation (**Partie II**).*



Partie II — Une soustraction à la négociation



Chapitre 1 — Appréciation du critère

La soustraction à la négociation est le critère qui constitue le fil conducteur de la qualification (Section 1). Toutefois, ce critère permet-il d'exclure la qualification en contrat d'adhésion pour celle de contrat de gré à gré ? Autrement dit, si ce critère n'est pas rempli, doit-on de facto qualifier le contrat en contrat de gré à gré et inversement ? (Section 2).

Section 1 — L'impossibilité de négocier, critère phare de la qualification

La soustraction à la négociation est le critère phare de la qualification en ce qu'il est fortement imbriqué avec les différentes autres conditions précédemment étudiées (Section 1).

Cette condition est issue d'une modification opérée par le législateur en 2016. En effet, dans le projet de réforme de 2015²⁹, le législateur préférait le terme de « soustraction » à « la libre discussion » de sorte qu'il est nécessaire d'étudier ce qu'il faut entendre par ces termes et expliciter les raisons de ce changement (Section 2).

Paragraphe 1 — Un critère étroitement lié aux trois autres

L'article 1110 du Code civil prévoit que les conditions générales doivent avoir été soustraites à la négociation.

Selon le Larousse, le terme « soustraire » signifie « faire échapper quelqu'un à quelque chose ». L'exemple type est l'individu qui se soustrait à ses obligations. Il s'agirait donc de faire échapper la détermination des conditions générales à l'autre partie.

²⁹ PROJET D'ORDONNANCE du 25 février 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

On peut également l'entendre comme « prendre quelque chose, dérober quelque chose ». Ce serait alors la manœuvre consistant pour l'une des parties de « prendre » pour lui seul la détermination des conditions générales.

Dans les deux cas, le terme « soustraction » sous-entend un acte positif par lequel un individu prend quelque chose, dérobe quelque chose au détriment d'un autre individu.

La condition de soustraction à la négociation est un critère phare, car les autres critères lui sont étroitement liés.

L'exigence de « conditions générales », c'est-à-dire les conditions dans lesquelles la relation contractuelle sera organisée, est rattachée à la négociation, car elles constituent l'objet même de la négociation. Ainsi, pour qu'il y ait contrat d'adhésion, il faudrait a priori que l'ensemble des conditions générales (clause de résiliation, clause de responsabilité, clause de garantie, clause résolutoire, clause pénale, clause de dédit...) aient été soustraites à la négociation.

Le critère relatif à la détermination unilatérale suggère *in fine* cette soustraction à la négociation. Une partie « s'approprie » le contenu contractuel en le déterminant seul et l'impose à son contractant qui n'a de choix que d'en accepter l'intégralité ou de refuser le contrat. S'il n'est pas expressément exigé que la soustraction à la négociation soit faite par la partie ayant rédigé unilatéralement les conditions générales, cette exigence est induite. Ainsi, la partie qui aura soustrait les conditions générales à la négociation aura nécessairement unilatéralement rédigé ces conditions générales.

Le caractère préalable de la détermination des conditions générales est également lié à la soustraction à la négociation, car le contenu contractuel est déterminé à l'avance par une des parties, avant la signature même du contrat et cela se caractérise par une absence de négociation du contrat.

Si les conditions générales ont été soustraites à la négociation, c'est que l'autre partie n'a pas pu déterminer le contenu contractuel puisque celui-ci lui a été dérobé par son cocontractant préalablement à la signature du contrat. Ainsi, lors de la signature du contrat, puisque les conditions générales ont été soustraites à la négociation, le contractant signera un contrat dont il n'a pu déterminer le contenu, car déjà été défini par son cocontractant.

En réalité, les autres conditions sont très étroitement rattachées à ce dernier critère.

On peut alors se demander si la jurisprudence ne se contentera pas, dans son travail de qualification, du seul critère de la soustraction à la négociation pour la qualification du contrat.

Une telle méthode serait-elle *contra legem* ? L'articulation de la définition suggère un caractère cumulatif des critères : le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Ce caractère cumulatif est d'ailleurs mis en exergue à la fois par le terme « dont », qui englobe les conditions générales, la soustraction à la négociation, la prédétermination unilatérale, et par la tournure de la phrase utilisée.

Dès lors, une telle méthode serait effectivement *contra legem* : certes, la caractérisation de la soustraction à la négociation est déterminante en ce que les autres critères vont nécessairement découler d'elle, mais pour autant, le juge devra s'efforcer de caractériser l'existence de conditions générales et de la prédétermination unilatérale de ces dernières.

Il semble toutefois que celui-ci puisse faire découler de la soustraction à la négociation, le caractère préétabli et unilatéral des conditions générales.

En effet, la soustraction à la négociation est nécessairement réalisée par une des parties, celle qui a prédéterminé les conditions générales, au détriment de l'autre.

Paragraphe 2 — Libre discussion ou soustraction à la négociation ?

L'article 1110 du Code civil utilise les termes de « soustraction à la négociation ». Le projet de réforme quant à lui préférerait ceux de « soustraction à la libre discussion ». En effet, l'article 1108 alinéa 2 disposait que « le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ».

Qu'entendre par « discussion »?

Le Larousse définit la discussion de différentes manières :

Il s'agit de « l'action de discuter quelque chose, d'en faire l'analyse, l'examen critique », mais aussi « d'examiner contradictoirement une question pour l'approfondir, la régler ou pour prendre une décision, débattre » et un « échange de propos, débat au cours duquel deux ou plusieurs personnes examinent une question ».

Qu'est-ce qu'une discussion libre ?

Le terme libre quant à lui signifie que la discussion ne doit être soumise à aucune contrainte ou restriction.

La libre discussion est donc la possibilité de contester, remettre en question ce qui est proposé par l'une des parties. Il s'agit de laisser la possibilité à l'autre partie de débattre, de contester. Discuter peut se réduire à simplement émettre des idées, à débattre. Discuter peut aussi consister en la contestation des propositions faites par l'autre.

Toutefois, ce terme est assez ambigu. En effet, le terme « discuter » peut signifier l'action d'échanger des propos, avoir une conversation sur un sujet. En ce sens, le fait pour l'une des parties de demander à l'autre des approfondissements sur le prix du bien, l'objet du contrat ou encore le sens que peut revêtir la clause relative à l'imprévision constitue une discussion. Pour autant, doit-on considérer de par cet échange portant sur les modalités de l'offre et de la demande et sur le sens à donner sur une clause du contrat qu'il n'y a pas eu soustraction à la libre négociation et donc pas de contrat d'adhésion ?

Comment concevoir la situation dans laquelle l'une des parties informe l'autre d'une information déterminante pour son consentement, puis lui demande de signer le contrat tel qu'il l'a rédigé ? En effet, désormais l'article 1112-1 du Code civil dans la sous-section relative à la négociation impose à la partie qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre de l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Il y a eu une discussion, la partie ayant informé l'autre peut alors refuser le contrat ou l'accepter en connaissance de cause. Doit-on alors considérer que le contrat est de gré à gré à partir du moment où il y a eu une « discussion libre » ?

Aussi, on comprend bien la difficulté d'interprétation que revêt le choix de ce terme d'où le changement opéré par le législateur en 2016.

Désormais, on parle bien de soustraction à la négociation et non à la libre discussion.

Discuter n'est pas négocier : dans la discussion, il s'agit d'apporter sa propre opinion sur un sujet donné et tenter, par la dissuasion, d'emporter la conviction de l'autre. L'idée est d'obtenir l'adhésion de l'autre à ses opinions au travers d'un processus argumentaire. La négociation poursuit un objectif autre, il s'agit « d'obtenir un minimum de satisfaction par rapport aux attentes exprimées »³⁰, autrement dit, il s'agira pour une partie d'obtenir un accord qui tout en permettant de satisfaire un minimum ses intérêts, prend également en considération ceux de son contractant.

Qu'est-ce qu'une négociation ?

L'élément matériel du terme soustraire serait le fait pour l'une des parties de ravir, prendre, faire échapper la négociation des conditions générales.

Le terme négociation vient du latin « *negotiatio* » qui dans son sens premier faisait référence au négoce et les affaires de banque, puis dans son sens second le commerce et le trafic.

Le terme « négociier » naît au XIV^e siècle et signifie faire du commerce. Au XVI^e siècle, négoce au singulier désigne « une affaire », un trafic, un commerce, la négociation prend alors le sens d'action de s'entremettre.

³⁰ Y.CUSSET, *Valeur et limites de la distinction entre discussion et négociation*, Flammarion éd.2013

Le Robert de 1978 définit la négociation comme « une série d'entretiens, d'échanges de vues, de démarches qu'on entreprend pour parvenir à un accord, pour conclure une affaire ». Plus spécifiquement, c'est « un échange de vues soit entre deux puissances par l'intermédiaire de leurs agents diplomatiques, ou envoyés spéciaux et de leur gouvernement, soit entre plusieurs puissances au cours de congrès ou de conférences, en vue d'aboutir à la conclusion d'un accord ».

Le Larousse définit la négociation comme l'action de négocier, de discuter les affaires communes entre des parties en vue d'un accord.

Dès lors, le terme de « négociation » est bien plus apte à définir la notion de contrat d'adhésion. En effet, le contrat est d'adhésion, car il n'y a pas eu des échanges de points de vue et des démarches pour parvenir à un accord sur le contenu contractuel. Autrement dit, ce processus de négociation n'a pu avoir lieu, car une partie l'a tout simplement refusé, d'où le terme de soustraction.

D'ailleurs, le terme de « soustraction » est mieux adapté, car il permet d'éviter les abus.

Voici un vendeur qui invite un acheteur potentiel à négocier, mais ce dernier refuse d'entrer en négociation afin d'éviter la qualification du contrat en contrat de gré à gré. Il est évident qu'un tel contournement des textes serait invalidé ne serait-ce sur le principe général de bonne foi³¹, d'ordre public, qui doit guider les contractants à tous les stades de leur relation contractuelle. Au-delà, l'utilisation du terme « soustraction » induit, pour la partie qui prédétermine les conditions générales, de rendre impossible la négociation. Or, dans cet exemple, la négociation n'est pas rendue impossible par la partie qui prédétermine le contenu contractuel, mais par la partie qui refuse tout bonnement de négocier.

Il faut également mettre en exergue la situation où une partie signe un contrat sans négociation préalable, car les termes du contrat qui lui sont proposés lui conviennent. En ce cas, il serait absurde de qualifier le contrat d'adhésion en l'absence de négociation puisque la partie qui n'a pas déterminé le contenu contractuel n'a pas usé de sa faculté de négocier.

La soustraction n'est donc pas qu'une simple absence de négociation, mais une impossibilité de négocier, car le contenu contractuel est séquestré par une des parties.

³¹ Article 1104 du Code civil

Si la négociation constitue le critère déterminant en ce qu'il est rattaché aux critères relatifs à la détermination à l'avance des conditions générales par l'une des parties, ce critère est-il exclusif de la qualification en contrat d'adhésion ?

Section 2 — La possibilité de négocier, critère exclusif de la qualification ?

La question est intéressante de deux points de vue : lors de l'analyse des définitions du contrat d'adhésion et du contrat de gré à gré, force est de constater que ces deux notions, censées être antonymes et constituer la nouvelle *summa diviseo* du droit des contrats, ne sont pas harmonisées (paragraphe 1) de sorte que la frontière entre les deux catégories de contrat est très ténue (paragraphe 2).

Paragraphe 1 — Deux définitions non harmonisées

Le contrat de gré à gré est défini comme « celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties ».

La difficulté se retrouve à deux niveaux. D'une part, le contrat d'adhésion fait référence aux conditions générales là où le contrat de gré à gré fait référence aux stipulations. D'autre part, le contrat de gré à gré nécessite une libre négociation là où le contrat d'adhésion nécessite une soustraction à la négociation.

Stipulations et Conditions générales

La définition du contrat de gré à gré fait référence aux stipulations là où pour le contrat d'adhésion le choix s'est porté sur les « conditions générales ». On peut interpréter ceci de deux manières :

Soit, on considère que les deux termes ne signifient pas la même chose.

Cette définition sous-entend alors la règle du tout ou rien : il faudrait que toutes les stipulations soient négociées pour que le contrat soit qualifié de gré à gré. Toutefois, on peut considérer que le législateur a entendu les critiques doctrinales³² relatives à l'emploi des termes « *stipulations essentielles* » utilisés dans le projet pour la définition du contrat d'adhésion et a ainsi remplacé ces termes par ceux de « *conditions générales* », mais a omis de modifier la définition du contrat de gré à gré qui lui aussi fait référence aux stipulations. Il s'agirait donc d'une erreur.

Soit, on considère que les deux termes sont synonymes.

Le contrat de gré à gré étant l'antonyme du contrat d'adhésion, leurs critères s'opposent. Le contrat de gré à gré est celui dont le contenu a pu être négocié par les parties là où le contrat d'adhésion est celui dont le contenu n'a pas pu être négocié par l'une des parties.

Les termes de stipulations et de conditions générales ne peuvent alors que désigner la même chose, le critère de distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion résidant dans le point de savoir s'il y a pu ou non y avoir négociation. D'ailleurs, l'un des sens premiers du mot « condition » est celui de « clause » : telle était, en effet, la signification du mot du latin classique « *condicio* ». Les « conditions générales » sont donc les « clauses générales », « la plupart des clauses »³³.

La question est alors celle de savoir où placer le curseur : quand doit-on considérer que la négociation est insuffisante et quand l'est-elle pour qualifier le contrat soit de gré à gré soit d'adhésion ?

Librement négociées antonyme de soustraction à la négociation ?

Faut-il entendre par « librement négociées » l'antonyme de « soustraites à la négociation » ?

On peut considérer que non : les termes « librement négociées » induisent que si le contractant ayant rédigé le contrat a ouvert la possibilité de négocier ce dernier, le contrat n'est pas d'adhésion. Peu importe que la négociation ait été réelle ou non, là où la soustraction semble impliquer une réalité de la négociation.

³² F. Chénéde, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, *La Semaine Juridique Edition Générale* 2016, n° 27 p.776

³³ . Revêt, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016. n° 30, p.1771 et s

Dès lors, les définitions encore une fois ne sont pas opposées. Tout dépend de la conception que l'on peut avoir du contrat d'adhésion : le contrat d'adhésion conduit-il à un consentement non éclairé, la liberté de discussion ou de négociation important peu ou, est-ce qu'il conduit à un contrat conduisant à un consentement dépourvu de qualité aussi bien en termes de liberté que de réflexion ?

Un consentement éclairé est celui donné avec discernement : considérer que le contrat d'adhésion conduit à un consentement non éclairé reviendrait à ériger ce contrat en vice du consentement. En effet, « il y a vice du consentement lorsque l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné »³⁴).

Or, le législateur n'a pas entendu faire du contrat d'adhésion un vice du consentement, mais une autre typologie de contrat, en opposition au contrat de gré à gré. Ce contrat doit être soumis à un régime dérogatoire, car le consentement donné est dépourvu de qualité. Le contractant a donné son consentement, car il n'a eu de choix que d'accepter ou de refuser le contrat en bloc, sans avoir la possibilité d'en négocier le contenu.

Comme l'affirmait justement B. LEFEBVRE³⁵, « négocier un contrat c'est avoir un pouvoir réel de déterminer ou d'influencer le contenu des principales clauses ou des obligations les plus importantes du contrat ». Lorsque l'on regarde le régime duquel dépend la qualification, l'enjeu est la suppression des clauses abusives, c'est-à-dire des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

Le régime vise donc à supprimer les clauses insérées au détriment de l'adhérent et qui n'ont aucune contrepartie réelle ni aucune justification objective.

Dès lors, on peut affirmer que le consentement n'est pas nécessairement non éclairé. L'adhérent peut avoir conscience du déséquilibre du contrat auquel il adhère, mais fait le choix de contracter, car il n'a pas le poids économique et financier nécessaire pour négocier.

³⁴ Article 1130 du Code civil

³⁵ B. LEFEBVRE, *Le contrat d'adhésion*, *Revue du Notariat*, Vol. 105, septembre 2003

En ce sens, le consentement de l'adhérent est dépourvu de qualité puisqu'il ne dispose pas d'une liberté dans la détermination du contenu obligationnel et que dans le cadre de la conclusion du contrat, l'adhérent n'a pas pu réfléchir aux conséquences potentielles engendrées par la signature du contrat. Cette liberté est d'autant plus atténuée que certains contrats sont obligatoires (certains contrats d'assurance comme celle d'habitation ou l'assurance automobile).

Par exemple, lorsqu'un individu prend un ticket de train, il a conscience qu'il a la possibilité de prendre ou pas le train. Mais il n'a pas la liberté de déterminer le contrat qu'il conclut avec la SNCF en achetant les billets de train tout comme il n'a pas le temps, en l'absence d'une possibilité de négocier, de réfléchir aux conséquences potentielles de la signature du contrat. S'il perd ses bagages, il découvrira avec surprise, en recherchant la responsabilité de la SNCF que le contrat qu'il a conclu avec celle-ci, en achetant les billets contient une clause évasive de responsabilité en matière de perte, vol ou détérioration des bagages.

Il aurait peut-être fallu utiliser les termes « non soustraites à la négociation » pour définir le contrat de gré à gré afin de faire correspondre les définitions. Ainsi, le législateur a fait correspondre la définition du contrat à titre onéreux, défini comme celui où « chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure », et le contrat à titre gratuit définit comme celui où « l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ».

Paragraphe 2 — Deux définitions par conséquent non étanches

La définition du contrat de gré à gré semble présenter a priori une alternative : soit les conditions générales sont soustraites à la négociation, soit elles ne le sont pas. Si les conditions générales sont soustraites à la négociation, il y aurait qualification en contrat d'adhésion et si au contraire, elles n'ont pas été soustraites à la négociation, il n'y aurait pas contrat d'adhésion. Pour autant, le contrat est-il de gré à gré ?

En effet, un contrat qui ne serait pas considéré comme d'adhésion, c'est-à-dire dont les conditions générales n'ont pas été soustraites à la négociation est-il pour autant un contrat de gré à gré ?

À l'inverse, un contrat qui ne serait pas considéré comme de gré à gré, c'est-à-dire dont les stipulations n'auraient pas été librement négociées par les parties est-il un contrat d'adhésion ?

Si l'on considère que le contrat d'adhésion constitue une exception au contrat de gré à gré, alors les contrats qui ne relèvent pas de la définition du contrat d'adhésion relèvent de la qualification et, par conséquent, du régime du contrat de gré à gré.

Toutefois, si l'on considère qu'il s'agit de deux catégories autonomes, qu'il n'y a donc ni un principe ni une exception, alors la réponse n'est pas évidente.

On pourrait même envisager l'inverse : les contrats d'adhésion seraient tous ceux qui ne seraient pas des contrats de gré à gré. Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées tandis que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales ne le sont point. Tout contrat qui ne serait pas de gré à gré serait un contrat d'adhésion.

La question qui se pose alors est de savoir s'il y aurait ou non une catégorie de contrat qui ne seraient ni d'adhésion ni de gré à gré.

La question peut paraître de prime abord absurde en ce que ces deux contrats sont conçus comme étant des antonymes. Comme a pu l'affirmer le Professeur Thierry Revêt³⁶, considérer qu'un contrat ne puisse ni être d'adhésion ni de gré à gré ou puisse rentrer dans les deux catégories va à l'encontre du fondement de la distinction à savoir la place de la volonté dans la détermination du contenu contractuel.

En effet, dans le contrat de gré à gré, le consentement est éclairé, plein et entier là où le consentement a une force minorée dans le contrat d'adhésion puisque la partie adhérente qui n'a pas pu négocier le contrat n'a eu de choix que de contracter ou ne pas contracter.

Toutefois, au regard des définitions propres à chaque catégorie et aux critères retenus comme il l'a été affirmé plus haut, il est légitime de se demander si ces deux contrats sont réellement en opposition.

³⁶ T. Revêt, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016. n° 30, p.1771 et s

Ainsi, dans certaines situations la qualification est inconnue :

Voici un contrat de prestation de service sans prix déterminé. Cependant, un des contractants, à savoir le prestataire, dispose d'un pouvoir de déterminer unilatéralement le prix. Ce n'est pas un contrat d'adhésion puisque les conditions générales ont été négociées.

Pour autant, est-ce un contrat de gré à gré ? Le prix n'est certes pas une condition générale, mais il est bien déterminant du consentement d'une des parties, ce qui est bien pire.

Dans le même ordre d'idée, un contrat ne peut-il pas rentrer dans les deux catégories à la fois ?

Voici un contrat dont le contenu est librement négocié, c'est-à-dire qu'il y a eu une « négociation », mais que le contrat tel que signé par les parties n'a pas été modifié.

Par exemple, la SRR fournit à la société Carrefour des téléphones prêts à emploi et c'est cette dernière qui rédige le contrat. Le contrat est ensuite envoyé pour avis à la SRR. Cette dernière propose alors différentes modifications qui ne sont pas reprises par Carrefour. La SRR contracte néanmoins. Il y a eu une libre négociation des stipulations, Carrefour n'a pas empêché la négociation du contrat. Le contrat est donc de gré à gré si l'on en croit la définition de 1110 alinéa 1^{er} du Code civil. Mais ce contrat est également d'adhésion : le terme soustraction ne sous-entend-il pas une réalité de la négociation ? Or, dans cet exemple, la négociation n'est que de façade, elle n'est pas réelle.

Peut-on considérer que le contrat serait à la fois un contrat d'adhésion pour sa partie non négociée et contrat de gré à gré pour sa partie négociée ?

On aurait alors une qualification distributive du contrat. Or, une telle conception serait contraire à la lettre de l'article 1110 du Code civil qui semble considérer qu'un contrat est soit d'adhésion, soit de gré à gré.

On conçoit alors la nécessité, de soit prévoir un parallélisme dans les définitions soit alors de prévoir une présomption notamment en faveur du contrat de gré à gré si le contrat d'adhésion constitue une exception justifiant un régime dérogatoire.

De même, au-delà de la qualification, est-il possible de partir du caractère négocié ou non des clauses pour appliquer de manière distributive le régime relatif à la lutte contre les clauses abusives?

Autrement dit, une répartition du régime est-elle possible en fonction du caractère négocié ou non de la clause sans passer par l'étape relative à la qualification du contrat ? L'idée serait, pour faciliter le travail du juge, de ne pas avoir à qualifier le contrat en son ensemble, mais de partir du caractère négocié ou non négocié de la clause pour leur appliquer le régime relatif aux clauses abusives.

On pourrait en effet considérer qu'en présence de clauses non négociées et de clauses négociées, les premières peuvent faire l'objet du contrôle relatif au déséquilibre significatif et les secondes non.

Toutefois, au regard du texte, une telle possibilité semble exclue. En effet, la qualification encore une fois semble exclusive. Un même contrat ne saurait être soumis aux deux régimes ; soit le contrat est d'adhésion et est soumis au régime de ce dernier soit il est de gré à gré auquel cas, il est soumis au régime de ce contrat. Il faut raisonner sur la qualification du contrat et non raisonner sur le caractère négocié ou non des clauses contractuelles.

En effet, l'article 1171 du Code civil ne dispose pas que toute clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite, mais plutôt que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

Il faudra donc caractériser au regard de l'ensemble des clauses qui ont été négociées et non négociées si le contrat est ou non d'adhésion. Puis, après ce travail de qualification, appliquer le régime qui en découle.

Il aurait été peut-être plus judicieux de définir ces deux types de contrats de la manière suivante :

Article 1110

Le contrat de gré à gré est celui dont les conditions générales sont librement négociées entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

Tous les contrats qui ne sont pas d'adhésion sont nécessairement de gré à gré.

Ou encore :

Article 1110

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

Dans le cas contraire, le contrat est réputé être de gré à gré.

Au sens de l'article 1110, les conditions générales constituent l'ensemble des clauses qui régissent et encadrent la relation contractuelle existant entre les parties.

Chapitre 2 — Application du critère

Au-delà de l'appréciation du critère de la soustraction à la négociation, il est intéressant de se pencher sur l'application de ce critère.

Contrairement à ce qui a pu être affirmé par certains membres de la doctrine³⁷, plusieurs éléments permettent de soutenir que le domaine d'application du contrat d'adhésion n'est pas limité aux seuls contrats de consommation (Section 1).

Toutefois, ce critère de la soustraction à la négociation pose des problèmes concernant certains contrats, mais aussi s'agissant de la preuve (Section 2).

Section 1 — Un champ d'application élargi

En présence d'une pluralité de motifs, il est permis d'alléguer que le domaine d'application de la notion est vaste (Paragraphe 1) et donc qu'il n'est pas limité aux seuls contrats de consommation, mais peut être également appliqué aux contrats d'affaires (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 — Les raisons d'une application élargie de la notion

Des auteurs tels que le professeur Chénéde³⁸ ont pu militer pour une conception restrictive de la catégorie des contrats d'adhésion qui seraient alors limités aux seuls contrats de consommation. Néanmoins, là où ces auteurs retiennent un champ d'application restreint du contrat d'adhésion aux seuls contrats de consommation, d'autres militent³⁹ plutôt pour une acception extensive de la notion.

³⁷ F. Chénéde, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, La Semaine Juridique Edition Générale 2016, n° 27 p.776

³⁸ *Ibid*

³⁹ T. Revet, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016. n° 30, p.1771 et s

Plusieurs arguments permettent d'aller en ce sens. D'une part, les termes mêmes de la définition et d'autre part, l'esprit du contrat d'adhésion militent pour un champ d'application élargi de la notion.

➤ Les termes de la définition

Les termes de l'article 1110 alinéa 2 ne distinguent pas en fonction de la qualité des parties, mais plutôt en fonction de l'existence ou non d'une négociation. En effet, contrairement au droit spécial de la consommation qui entend prendre en considération la qualité de la partie qui adhère au contrat, le Code civil n'a pas entendu limiter le contrat d'adhésion aux seuls contrats conclus par les consommateurs et les non-professionnels.

De même, contrairement au droit de la consommation qui ne s'applique qu'aux contrats conclus par les consommateurs et les non-professionnels, le Code civil n'a pas entendu limiter expressément la qualification de contrat d'adhésion aux seuls contrats de consommation.

Il faut des conditions générales soustraites à la négociation et prédéterminées par une des parties, la qualité des parties et la nature du contrat étant indifférentes.

Dès lors, rien n'empêche de qualifier les contrats de dépendance économique comme étant des contrats d'adhésion.

Le contenu de ces contrats de dépendance, clauses essentielles et clauses accessoires, est souvent le résultat de conditions générales prédéterminées unilatéralement par l'une des parties auxquelles le cocontractant se contente d'adhérer sans négociation.

Ce qui est vrai pour les contrats de dépendance l'est aussi pour de nombreux autres contrats d'affaires ou même les contrats conclus entre deux particuliers.

➤ L'esprit du contrat d'adhésion

La notion de contrat d'adhésion évolue dans le temps. Si, au début du XX^e siècle, il s'agissait de lutter contre les contrats de consommation de masse auxquels le consommateur ou non-professionnel ne pouvait qu'adhérer, il s'agit aujourd'hui d'encadrer, au-delà des contrats de consommation déjà suffisamment encadrés par les règles spéciales du droit de la consommation, les contrats vecteurs de nouvelles inégalités, notamment les contrats de dépendance économique et plus largement les contrats d'affaires entre des parties qui ne disposent pas de la même puissance économique.

En effet, le législateur a entendu par touches successives d'apporter un correctif à des situations où une partie considérée comme faible se voit imposer des conditions créant un déséquilibre significatif à son détriment.

Ainsi, la loi Scrivener⁴⁰ de 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services a entendu lutter contre les clauses abusives dans les contrats de consommation conclus entre un consommateur ou un non-professionnel et un professionnel.

De même, la loi sur la Modernisation de l'Economie (LME) du 4 août 2008 a entendu protéger les fournisseurs des pratiques abusives des centrales d'achat en introduisant dans le code de commerce l'article L.442-6 qui sanctionne le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Aujourd'hui, le législateur a pris conscience de cette nécessité de rééquilibrer un contrat lorsque son contenu a été soustrait à la négociation. D'ailleurs, le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016⁴¹ affirme que la réforme a pour but de « simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en

⁴⁰ L. n° 78-23, 10 janv. 1978

⁴¹ Légifrance, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25

introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ».

Ce même rapport dans la sous-section relative au contenu du contrat et notamment au sujet de l'article 1171 consacrant la lutte contre les clauses abusives en droit commun affirme que « l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats.

En effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause ».

Un parallèle avec l'esprit de protection de la caution en matière de cautionnement peut également être fait. La qualité des parties importe peu : la caution, en renfort du débiteur qui a besoin du prêt, n'a de choix que de signer. Il importe fortement alors pour le législateur de s'assurer que la caution est bien éclairée de la nature et de la portée de son engagement. Le législateur a entendu protéger une partie qui est en position de faiblesse, et ce en amont, en imposant une mention manuscrite.

Dans le cadre du contrat d'adhésion, le législateur semble vouloir apporter une protection en aval de la partie qui s'est vue refuser toute négociation du contrat et cela est logique : la partie n'a de choix que de contracter ou de refuser le contrat voire dans certaines situations où elle n'a pas de choix du tout, de contracter. Dès lors, par le biais de la suppression des clauses abusives et de l'interprétation des clauses contractuelles, le législateur a entendu rééquilibrer les forces contractuelles en présence.

C'est l'esprit d'ensemble de l'ordonnance en elle-même : trouver un juste équilibre entre liberté contractuelle et interventionnisme judiciaire.

À la fois la lettre et l'esprit du contrat d'adhésion ne justifient donc pas une conception restrictive de la catégorie des contrats d'adhésion limitée aux seuls contrats de consommation.

Paragraphe 2 — Les différents contrats concernés

Le champ d'application du contrat d'adhésion n'est pas cantonné aux seuls contrats de consommation.

On peut donc distinguer deux types de contrats qui sous-tendent la qualification : d'une part les contrats de consommation et de l'autre les contrats d'affaires.

Dans les contrats de consommation

Le juge aura ici l'opportunité de poser une présomption au profit du contrat d'adhésion dès lors qu'une partie n'aura pas le pouvoir de négocier, mais dispose seulement du choix de contracter ou non.

Ce sont des contrats de masse qui échappent à celui qui y adhère. Il s'agit de la vision classique du contrat d'adhésion telle que la doctrine classique l'appréhendait⁴².

Ainsi, un futur abonné à un contrat de téléphonie mobile adhère sans réfléchir aux conditions d'utilisation et d'abonnement de l'opérateur par le biais du commercial, mais il ne peut, même s'il le demande, modifier ces conditions et négocier les clauses du contrat.

Il en va ainsi également du contrat de transport et d'assurance. Lorsqu'un individu souscrit à une police d'assurance, il ne détermine pas les clauses relatives aux conditions de garantie, l'exclusion de risques et le plafonnement de l'indemnité d'assurance.

⁴² R. Saleilles, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229

De même, un professionnel au sens du droit de la consommation, c'est-à-dire « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité »⁴³, dès lors qu'il n'a pas la puissance économique nécessaire pour négocier, adhère aux conditions générales d'abonnement de l'opérateur.

Par exemple, un gérant d'une SARL qui déciderait de souscrire à un abonnement internet dans le cadre de l'activité de sa société adhère, sans pouvoir négocier, aux conditions générales de vente et d'abonnement de l'opérateur auprès duquel il contracte.

Pour certains de ces contrats tels que le contrat de prêt ou encore le contrat d'abonnement téléphonique conclu par le consommateur, la qualification de contrat d'adhésion n'emporte pas de réel intérêt, car le droit spécial apporte une plus grande protection de la partie considérée comme faible.

Ainsi, en droit de la consommation, le législateur a prévu des clauses noires irréfragablement présumées comme étant abusives (R 212-1 du code de la consommation) et les clauses grises simplement présumées comme étant abusives (R.212-2 du code de la consommation) aux fins de protéger de manière plus effective la partie considérée comme faible.

De même, le Code prévoit l'obligation pour le juge de soulever d'office le caractère abusif des clauses en la matière.

Cependant, si le code de la consommation entend protéger le 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) et le non-professionnel (toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole), il ne protège pas le professionnel qui pourtant n'a pas nécessairement la puissance économique lui permettant de négocier les conditions contractuelles.

Ainsi, dans le cadre des relations Business To Business, la qualification du contrat revêt un enjeu majeur. Elle permettrait ainsi à un professionnel, souhaitant contracter avec un opérateur téléphonique afin de souscrire à un abonnement téléphonique et une connexion internet, de demander la suppression des clauses abusives dans ces contrats.

⁴³ Article liminaire du Code de la consommation

En effet, un professionnel, même s'il agit dans le cadre de son activité commerciale, n'est pas protégé des clauses abusives présentes dans les contrats de masse. Pourtant, il est tout autant non averti qu'un consommateur.

Voici un entrepreneur individuel qui contracte un abonnement téléphonique pour son usage personnel : il sera considéré par le code de la consommation comme étant consommateur, car il agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale. Ce même entrepreneur contracte le même abonnement, mais cette fois-ci pour son activité professionnelle. Il est bien un professionnel, car il agit à des fins entrant dans le cadre de son activité et ne peut donc se prévaloir du droit de la consommation.

Qu'est-ce qui a changé? La destination du contrat, d'un côté le contrat est conclu pour un usage personnel alors que de l'autre côté, le contrat est conclu pour un usage professionnel. Pour autant, l'entrepreneur n'est pas devenu plus averti en contractant dans le cadre d'un usage professionnel, il n'est pas devenu un professionnel de la téléphonie du simple fait qu'il a changé de casquette. Pourtant, le code de la consommation lui refuse toute protection.

La qualification du contrat en contrat d'adhésion lui permet alors d'obtenir une protection similaire à celle dont il dispose lorsqu'il est considéré comme étant consommateur dès lors que les conditions générales du contrat ont été soustraites à la négociation par l'opérateur qui les a préalablement et unilatéralement déterminées.

Toutefois, s'il y a bien une lutte des clauses abusives dans le Code civil, celle-ci est différente de celle prévue dans le code de la consommation où le législateur a prévu des présomptions irréfragables et simples. L'article 1171 du Code civil ne prévoit pas de telles présomptions. Il revient alors au professionnel de prouver que les critères de la qualification en contrat d'adhésion sont remplis et que la ou les clauses litigieuses créent un déséquilibre significatif à son détriment.

Dans les contrats d'affaires

Des contrats d'affaires dont les conditions générales auront été soustraites à la négociation et prédéterminées par l'un des contractants pourront également être qualifiés de contrats d'adhésion et bénéficier du régime de lutte des clauses abusives.

Les contrats de distribution

Ainsi, dans les contrats de distribution, de nombreux contrats pourront être concernés dont :

- Le contrat de franchise
- Les fournisseurs et la grande distribution
- Le contrat de concession

Certains de ces contrats sont des contrats de « dépendance économique ». Dans ces contrats, « le consentement n'est pas irréflecti, mais contraint »⁴⁴. En effet, dans ce type de contrat, le contractant a conscience des conditions dans lesquelles il contracte, mais il n'a le choix que de contracter. Le consentement ici est particulier, car le contractant est dépendant, sa situation économique ne lui permet pas de refuser le contrat : il doit contracter. D'ailleurs, ceci se manifeste par une soustraction à la fois des conditions générales du contrat, mais aussi des clauses essentielles que sont le prix et l'objet.

Cette dépendance se traduit par l'exigence de la « soumission » ou de la « tentative de soumission ». De tels contrats nécessitent alors une plus grande protection d'où l'article L.442-6 du code de commerce.

Ce caractère contraint des contrats de dépendance économique a conduit ces auteurs⁴⁵ à les exclure du champ d'application de l'article 1171 du Code civil. Ils considèrent ainsi que ces contrats ne sont pas des contrats d'adhésion, car cette notion ne concerne que les contrats où le consentement, même s'il est irréflecti, demeure libre.

Or, peut-on réellement considérer que dans un contrat d'adhésion, le consentement est libre bien qu'irréflecti ? Un juriste ou un avocat contracte auprès d'un assureur afin d'assurer son véhicule. Certes, il n'est pas un professionnel du domaine de l'assurance, mais il a conscience, du fait de sa formation, de l'acte et de la teneur du contrat qu'il va conclure. Pour autant, on ne peut considérer qu'il est libre : il a besoin du contrat d'assurance, car la loi l'oblige à contracter. De même, un particulier lorsqu'il signe un contrat d'abonnement, il peut tout à fait avoir conscience des conditions dans lesquelles il contracte, pour autant, il a besoin du contrat et n'a de choix que de contracter.

⁴⁴ F. Chénéde, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, La Semaine Juridique Edition Générale 2016, n° 27 p.776

⁴⁵ *Ibid*

Ex. : voici un gérant de SARL qui souhaite obtenir un prêt aux fins de lancer une nouvelle branche d'activité. C'est la banque qui va déterminer les conditions générales du prêt ainsi que son prix à savoir le taux du prêt. Dans ce cas, la SARL ayant besoin de ce prêt pour pouvoir mettre en place cette nouvelle branche d'activité, n'aura de choix que d'accepter les conditions de la banque.

Dans le même ordre d'idée, avoir le choix entre contracter et ne pas contracter est-ce réellement cela être libre ?

Encore une fois, si le législateur a consacré en droit commun le déséquilibre significatif, il l'a fait afin de « sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre »⁴⁶.

Or, les contrats de dépendance économique traduisent bien cette situation où une partie abuse de l'état de dépendance, état de faiblesse de son contractant.

Aussi, les contrats de dépendance peuvent tout à fait répondre à la définition du contrat d'adhésion. En effet, lorsqu'une centrale d'achat soumet son fournisseur à ses conditions générales et au prix qu'elle fixe, il y a une soustraction unilatérale et préalable des conditions générales à toute négociation. Une telle relation correspond bien à la définition du contrat d'adhésion.

Parce que de telles pratiques constituent des pratiques restrictives de concurrence, le législateur a décidé de les soumettre à un régime spécifique.

Ainsi, l'article L.442-6 du code de commerce, même s'il a pour objectif de lui aussi lutter contre les clauses abusives, n'a pas exactement le même régime que l'article 1171 du Code civil.

Il existe des compétences spéciales en la matière de sorte que par exemple à la Réunion, pour pouvoir agir sur ce fondement, il faudra saisir une juridiction métropolitaine.

⁴⁶ *Légifrance, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25*

En effet, l'article D442-3 du code de commerce prévoit qu'en première instance, huit tribunaux de commerce sont compétents (Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes) et en matière d'appel, seule la cour d'appel de Paris est compétente.

De plus, un récent arrêt rendu par la chambre commerciale en date du 25 janvier 2017 ⁴⁷ entend distinguer le régime du déséquilibre significatif du code de commerce de ceux du code de la consommation et du Code civil. En effet, dans cet arrêt la chambre commerciale a accepté de contrôler le déséquilibre significatif même lorsqu'il porte sur le prix et l'objet de la prestation.

Dès lors, le déséquilibre significatif du code de la consommation ne concerne que les contrats conclus par les consommateurs et les non-professionnels, qui bénéficient d'un allègement de la charge de la preuve en présence de présomptions simples et irréfragables en leur faveur. Toutefois, le législateur a expressément exclu du champ de la lutte le prix et l'objet du contrat.

Le déséquilibre significatif du code de commerce ne concerne que les contrats où il y a une soumission ou une tentative de soumission par l'un des cocontractants à des clauses créant un déséquilibre significatif de sorte qu'il est de « l'effet utile » ⁴⁸ de l'article L.442-6 III du Code de commerce que le déséquilibre significatif puisse porter sur le prix et l'objet du contrat.

En effet, les contrats de dépendance économique étant des contrats où une des parties exploite l'état de dépendance économique de l'autre aux fins d'obtenir un avantage manifestement excessif à la fois concernant les conditions générales du contrat, mais aussi concernant le prix, il est nécessaire que le juge puisse contrôler le déséquilibre significatif dans les clauses relatives au prix et à l'objet du contrat.

D'ailleurs, le législateur n'a pas expressément exclu du champ de la lutte des clauses abusives, le prix et l'objet du contrat contrairement au Code de la consommation et au Code civil.

Le déséquilibre significatif du Code civil quant à lui ne concerne que les contrats d'adhésion à l'exclusion du contrat de gré à gré et l'article 1171 du Code civil exclut expressément le prix et l'objet du contrat.

⁴⁷ Cass. com. 25 janvier 2017 n° de pourvoi : 15-23547

⁴⁸ D. Ferrier - Droit de la distribution, Lexisnexis, 6^e éd. 2015

Si le dispositif prévu par le Code de commerce ne s'applique spécifiquement qu'en cas de soumission à des clauses créant un déséquilibre significatif, il n'exclut pas de facto d'autres régimes de protection comme celle du Code civil. *Qui potest majus potest et minus !*

Dès lors, dans le cadre de la grande distribution, il peut être désormais plus judicieux d'aller sur le terrain civil. Il serait ainsi possible de contourner les compétences spéciales prévues par le Code de commerce en agissant sur le terrain du droit civil et non du droit commercial. Il serait même potentiellement possible d'agir sur les deux fondements, à la fois du Code de commerce et à titre subsidiaire, du Code civil, dès lors que les conditions sont remplies.

Par exemple, pour le contrat de franchise ou de concession, la qualification de contrat d'adhésion est possible si les critères du contrat d'adhésion sont remplis notamment au travers d'indices tels que l'existence de contrats contenant des clauses identiques et conclus par des franchisés/concessionnaires avec le même franchiseur/concédant.

Au-delà des contrats cités ci-dessus, sont également concernés les contrats de financement et les contrats d'assurance.

Les contrats de financement conclus par des sociétés et les contrats d'assurance

Le code de la consommation régit et protège le consommateur et le non-professionnel emprunteur par le biais de mentions *ad validitatem*, d'obligations d'information ainsi que d'un délai de rétractation et de réflexion.

Aussi, lorsque le ou les dirigeant(s) d'une société contracte (nt) un prêt bancaire classique ou un crédit-bail dans le cadre de l'activité de cette dernière, il s'agit d'un professionnel qui ne peut bénéficier de la protection du code de la consommation.

Or, la société n'est pas un professionnel du secteur bancaire, et se contente de se plier aux exigences de la banque, et ce, sans avoir nécessairement un pouvoir de négociation. Dès lors, il devrait être possible de pouvoir protéger la société qui adhère au contrat de prêt et désormais, le droit commun des contrats le permet si les critères du contrat d'adhésion sont remplis.

Cette complexité au stade de la détermination du champ d'application se retrouve inexorablement dans la mise en œuvre du critère de la soustraction à la négociation.

Section 2 — Une mise en œuvre problématique

Au-delà de cette incertitude quant au champ d'application, la mise en œuvre de cette condition de soustraction à la négociation présente des subtilités non seulement sur le fond (Paragraphe 1), mais également sur le terrain de la preuve (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Des difficultés de fond

La notion de soustraction à la négociation semble a priori simple. Nous avons tous une idée, vague certes, de la notion de négociation et de ce qu'elle implique. Mais derrière cette expression, aussi limpide et intelligible, semble-t-elle à première vue, se cache de nombreuses subtilités.

En addition des cas où la loi a explicitement entendu protéger une partie en raison de sa qualité (consommateur et non-professionnel) ou en raison de la puissance économique d'une des parties (L.442-6 I 2° du code de commerce), désormais existe une nouvelle protection d'ordre générale du contractant par le biais de la notion de contrat d'adhésion dont l'un des critères essentiels est la soustraction à la négociation des conditions générales.

Dans certaines situations, cette condition sera aisément remplie et la qualification n'emportera pas de difficulté particulière.

Par exemple, en matière de franchise et plus largement dans le cadre des contrats de distribution, le juge pourra relever le fait que les contrats conclus entre le franchiseur et ses différents franchisés possèdent un contenu identique. Il pourra alors en déduire que c'est le franchiseur qui a prédéterminé les conditions générales du contrat sans donner la possibilité aux franchisés de les négocier.

De même, en matière de prêt, il sera évident pour le juge de constater que le professionnel n'a pas eu le loisir de négocier les conditions générales du prêt qui sont prédéterminées par le banquier. Il n'a eu de possibilité que d'accepter ou de refuser le prêt.

Toutefois, il est des situations où il sera difficile pour le juge de se prononcer.

En matière de droit des sociétés

Par exemple, comme vu plus haut, en matière de droit des sociétés concernant l'entrée d'un nouvel associé dans la société. Ce nouvel associé ne peut négocier les statuts qui constituent le contrat qu'il conclut avec ses partenaires. Or, peut-on considérer qu'un même contrat puisse être de gré à gré pour les associés fondateurs et d'adhésion pour les nouveaux associés ?

Contrairement au droit français, le droit allemand a exclu expressément les contrats liés au droit des sociétés et des associés, car ceux-ci auraient constitué des difficultés. En effet, pour un même contrat, un associé aurait conclu un contrat de gré à gré et un autre un contrat d'adhésion, car il est entré dans la société postérieurement à sa formation.

De même, comment qualifier un contrat de cession de parts sociales sous conditions d'adhésion du cessionnaire à un pacte extrastatutaire ? Est-ce que le contrat de cession est un contrat d'adhésion ?

Comment appréhender la situation dans laquelle un associé subit une clause d'exclusion et devra céder ses parts à des conditions générales non négociées et arrêtées préalablement unilatéralement par les autres parties au pacte extrastatutaire ?

Dans ces deux cas, on s'aperçoit qu'il s'agit d'une clause qui emporte des conséquences importantes pour l'une des parties.

Dans le cadre de la cession de part, la clause d'adhésion à un pacte extrastatutaire emporte des conséquences considérables pour le cessionnaire qui devra donc adhérer au pacte extrastatutaire s'il souhaite acquérir les parts.

Dans le cadre du pacte extrastatutaire, la clause d'exclusion emporte des conséquences considérables pour l'associé exclu qui perd la faculté de déterminer les conditions dans lesquelles il entend sortir de la société et donc céder les parts sociales dont il est propriétaire.

Toutefois, il ne s'agit que d'une clause parmi d'autres du contrat et pour qu'il y ait contrat d'adhésion, il faudrait que l'ensemble des conditions générales du contrat soient soustraites à la négociation.

Ainsi, il y a certes une condition d'adhésion au pacte extrastatutaire, mais cette adhésion n'est qu'une clause parmi d'autres du contrat de cession. Il faudra étudier si l'ensemble des conditions générales du contrat de cession a été soustrait à la négociation pour pouvoir considérer s'il y a ou non contrat d'adhésion.

Peut-on considérer que l'édition unilatérale de conditions générales de facto sous-entend un refus à l'avance de toute négociation ?

Le but et l'intérêt de rédiger des conditions générales est en premier lieu d'obtenir un gain de temps et non pas automatiquement soustraire le contrat à toute négociation.

Il peut être erroné de penser que la pratique consistant en la rédaction anticipée de conditions générales constitue un refus de négocier. En effet, il est tout à fait possible de déroger aux CGA et aux CGV par le biais de conditions particulières négociées par les parties et insérées dans le contrat.

De même, si un contractant qui aurait été invité à la négociation ne négocie pas, il y aura certes une prédétermination des conditions générales du contrat, mais cette prédétermination sera acceptée entièrement par le contractant de sorte qu'il n'y a pas contrat d'adhésion.

Par ex. : Voici un contrat de prestation de service dont le prix, le nombre ainsi que la qualité de ladite prestation ont dûment été négociés par les parties, mais dont une des clauses renvoie à l'application des conditions générales d'une des parties. Les termes principaux du contrat ont été négociés (prix, objet et qualité de la prestation), mais pas le reste du contrat, qui relève des conditions générales déterminées unilatéralement par l'une des parties. La qualification en contrat d'adhésion est ici contestable dès lors que d'un commun accord, les parties ont décidé de soumettre le contrat aux conditions générales déterminées par l'une d'entre elles. Il n'y a pas eu soustraction à la négociation : ici, le contractant a négocié les clauses qu'il considère comme les plus importantes. En revanche, s'il n'a pas souhaité négocier le reste des clauses ; il semble illogique de considérer qu'il y a eu soustraction à la négociation.

La négociation doit-elle être réelle ou doit-elle simplement exister ?

Cette question est importante, car de la réponse va dépendre la qualification. Tout dépend de savoir si ce critère de la négociation est formel ou matériel.

Considérer qu'il s'agit d'un critère formel revient à exiger que les conditions générales n'aient pas été négociables. Autrement dit, dès lors que les conditions générales ont pu être négociées, peu importe l'issue de cette négociation, le contrat sera de gré à gré.

Considérer qu'il s'agit d'un critère matériel revient à exiger deux choses pour éviter la qualification : que les conditions générales soient négociables et que la négociation qui a eu lieu a été effective, réelle.

Par exemple, voici un contrat d'abonnement à une trentaine de lignes téléphoniques souscrit par une entreprise pour les besoins de son exploitation avec un opérateur de communications électroniques. Ce dernier invite son futur cocontractant à la négociation du contrat d'abonnement.

L'entreprise souhaite négocier la clause de durée qui prévoit que la durée du contrat est d'un an reconductible tacitement par période annuelle, en l'absence de résiliation par l'une des parties par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception deux mois avant le terme du contrat.

En effet, l'entreprise préfère conclure un contrat à durée indéterminée afin de faire échec à la reconduction du contrat.

De plus, l'entreprise souhaiterait modifier la clause pénale, car elle estime son montant trop élevé et elle souhaiterait pouvoir baisser le montant des forfaits en cas d'inexécution par l'opérateur de ses obligations. Elle souhaiterait également insérer une clause lui permettant de renégocier son contrat en cas d'imprévision.

L'opérateur téléphonique, après réflexions et plusieurs échanges, refuse toutes ces modifications. L'entreprise décide malgré tout de contracter.

Si l'on retient la première vision, il n'y a pas eu soustraction à la négociation, car l'opérateur téléphonique a ouvert la négociation. Mais si l'on retient la seconde vision, il y a eu soustraction à la négociation, car l'opérateur téléphonique, même s'il a semble-t-il ouvert la négociation, celle-ci n'est pas effective, elle n'est pas réelle.

Aussi, retenir une approche purement formelle des négociations permettrait d'échapper aisément à la qualification : il suffirait alors d'ouvrir *a priori* la négociation et refuser les propositions du contractant par la suite. Dès lors, il est de l'utilité et de l'efficacité même de la qualification que de retenir une conception matérielle de la soustraction à la négociation⁴⁹.

D'ailleurs, la jurisprudence allemande pour écarter la protection relative à la lutte contre les clauses abusives exige que l'autre partie dispose d'un vrai pouvoir de négociation, portant sur le contrat en général ; à défaut, seules les clauses réellement négociées échapperont à la sanction.

Mais exiger la même chose en droit français, n'est-ce pas ajouter une condition que la définition du contrat d'adhésion n'a pas prévue ? Cependant, cette condition est sous-entendue dans la soustraction et même au-delà c'est une évidence, afin d'éviter tout détournement de la lettre de l'article 1110 du Code civil.

On aura alors un double contrôle au niveau de ce critère, le juge devra tout d'abord relever que la négociation a été ou non possible. Si elle a été impossible, alors le contrat est d'ores et déjà d'adhésion, et si la négociation a été possible, le juge devra s'évertuer à vérifier la réalité et le contenu de cette négociation.

⁴⁹ M. Mekki, J.-M. Darrois et J.-M. Gauvain, *Se conformer au nouveau droit des contrats, Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives*, JCP E 2016. 1373, pour lesquels « quand bien même la liberté de discussion existerait, le contrat serait qualifié d'adhésion si, dans les faits, aucune négociation n'était intervenue »

Quand considérer qu'il y a négociation ? Faut-il une appréciation quantitative ou qualitative de la négociation voire les deux ?

C'est la question de savoir où l'on doit placer le curseur pour pouvoir considérer à partir de quel moment le contrat est d'adhésion.

En présence de combien de clauses non négociées doit-on considérer que le contrat est d'adhésion ?

Voici un contrat contenant une trentaine de clauses dont la clause pénale, la clause relative à l'imprévision, la clause aménageant les sanctions en cas d'inexécution contractuelle, et enfin la clause interdisant la cession du contrat n'ont pas été négociées. Le contrat est-il d'adhésion ?

Sur trente clauses, seules quatre n'ont pas été négociées, mais ces clauses sont importantes de sorte qu'il est ici difficile de considérer que le contrat est de gré à gré.

Faut-il alors regarder l'importance des clauses non négociées, peu important le nombre ?

Comment qualifier un contrat contenant des conditions générales imposées en quasi-totalité, sauf une ou deux clauses négociées ? Ces deux clauses suffiront-elles à faire échapper le contrat à la catégorie des contrats d'adhésion ?

Ainsi, que faire si toutes les clauses du contrat ont été négociées à l'exception du prix ou l'objet du contrat (quantité et qualité de la prestation ou du bien vendu) ?

Cette question pose la problématique relative à l'objet de la négociation. L'objet de la négociation, au regard du texte, est les conditions générales. Cependant, le législateur ne les a pas définies de sorte qu'il est intéressant de voir si la soustraction à la négociation portant sur le prix et l'objet du contrat, clauses éminemment importantes, suffit à remplir cette condition relative à la négociation.

Toutefois, le prix et l'objet du contrat semblent être exclus des conditions générales. En effet, si l'on regarde l'article 1171 qui s'applique uniquement aux contrats d'adhésion, ce texte exclut du champ du déséquilibre significatif l'objet et le prix.

Dès lors, ces éléments même s'ils ne sont pas négociés, malgré leur caractère important, ne pourront faire l'objet d'un contrôle, en tout cas en droit commun des contrats.

Néanmoins, cet article n'est relatif qu'au régime des contrats d'adhésion, mais ne concerne en rien la qualification. Ce texte refuse l'application du dispositif de lutte à l'encontre des clauses abusives au prix et à l'objet du contrat, mais n'induit pas que la soustraction à la négociation ne peut pas porter sur le prix et l'objet.

Si l'on considère que les termes « conditions générales » signifient « la plupart des clauses », il serait tout à fait possible de considérer qu'il y a eu soustraction à la négociation dès lors que le prix et l'objet de la prestation ont été soustraits à la négociation. D'ailleurs, en matière de contrat-cadre, où l'objet du contrat est déterminé, mais où le prix peut être fixé unilatéralement par l'une des parties, on a bien une soustraction à la négociation du prix.

Parce que le législateur y a vu un déséquilibre, l'article 1164 nouveau du Code civil prévoit, conformément à la jurisprudence, qu'en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommage et intérêts et en résolution du contrat. La sanction ne se trouve pas ici sur le terrain de l'article 1171 qui a exclu de son champ d'application les clauses relatives au prix et à l'objet du contrat, mais sur le terrain de l'abus prévu par l'article 1164 du Code civil.

Cette définition à la fois rigide et large ne risque-t-elle pas, en effet, de favoriser la stratégie qui consisterait, pour neutraliser le pouvoir du juge, à négocier quelques clauses mineures des conditions générales, en imposant les clauses les plus importantes ?

Cette question relative à l'appréciation du caractère négocié ou non des conditions générales est éminemment reliée à des questions de fait qui relèvent du pouvoir souverain des juges du fond. En effet, il reviendra au juge d'apprécier *in concreto*, en fonction des faits qui lui sont soumis, la soustraction à la négociation. Aussi, ceci est vecteur d'une certaine insécurité juridique. En présence des mêmes faits, deux juridictions de ressorts différents pourront avoir des solutions divergentes.

La solution consisterait peut-être à avoir, à la fois, une approche quantitative et une approche qualitative de la négociation aux fins d'éviter un détournement, en imposant les clauses importantes et en négociant les clauses mineures. Il faudra une appréciation à la fois quantitative et qualitative en analysant l'importance des clauses non négociées, mais aussi leur nombre.

Que penser d'une clause dans les conditions générales invitant les futurs partenaires à négocier ?

Il s'agirait d'envisager la clause insérée dans le contrat stipulant que le contrat tel que proposé par l'une des parties n'est qu'une proposition, ladite partie étant ouverte à la négociation.

Évidemment, le juge ne sera pas tenu d'une telle clause et devra vérifier l'existence et la réalité de la négociation. De plus, il ne faut pas oublier le principe de bonne foi⁵⁰ qui doit guider les contractants à tous les stades du contrat. Or, une telle clause pourrait être contraire à la bonne foi dans la mesure où le cocontractant ne l'a pas nécessairement vu et n'a pas pu contester cette réalité dans le cas où les conditions générales ont été soustraites à la négociation.

Qu'en est-il lorsque plusieurs options sont offertes par la partie ayant déterminé les conditions générales ?

Voici un chef d'entreprise qui tente de négocier un contrat de fourniture. Il souhaiterait voir supprimer la clause limitative de responsabilité dont bénéficie son futur fournisseur. Celui-ci lui offre alors une option à savoir ne pas modifier la clause limitative de responsabilité, mais insérer une clause pénale d'un montant X en cas d'inexécution de ses obligations.

Le contrat est-il d'adhésion ?

Le fait d'offrir des options n'induit pas conséquemment qu'il y a eu une négociation, car la liberté de la partie qui doit lever l'option consiste à choisir une des options sans pouvoir nécessairement les modifier.

⁵⁰ Article 1104 du Code civil

Toutefois, si la partie, qui se voit offrir plusieurs options, opte pour l'une d'entre elles sans émettre de réserves ni d'objections, et sans qu'aucune contrainte soit exercée sur elle, alors il est discutable de considérer que le contrat est d'adhésion. En effet, c'est en connaissance de cause que la partie a levé l'option et elle est la mieux placée pour protéger et faire valoir ses intérêts.

Cependant, les options ont été proposées par l'une des parties, à charge pour l'autre de lever l'une d'entre elles. Lorsque l'on y regarde de plus près, le choix de la partie qui doit opter n'est-il pas encore une fois de contracter à telle ou telle autre condition prédéterminée unilatéralement et en l'absence de négociation par l'autre partie. Même si la partie opte pour l'une des options, elle n'en a pas déterminé le contenu. En effet, le terme « négociier » sous-entend d'avoir le pouvoir d'influer sur la détermination du contenu contractuel.

Aussi, la négociation sous-entend des concessions réciproques. Une des parties va concéder à l'autre un avantage sur une des clauses, car dans une autre clause, cette même partie avantagée va devoir renoncer à ses intérêts. C'est le principe même du contrat synallagmatique : un individu va contracter, car il y trouve un intérêt, mais son cocontractant également. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle le contrat de gré à gré doit pouvoir échapper au contrôle relatif au déséquilibre significatif. En effet, dans ce contrat, les stipulations ont été négociées par les parties de sorte qu'en principe, il ne saurait y avoir de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

L'article 1169 de l'avant-projet de réforme⁵¹ ne limitait pas le domaine du déséquilibre aux seuls contrats d'adhésion. Il prévoyait 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 ». Or, ouvrir la lutte aux deux types de contrats ruinerait d'une part l'utilité de la distinction puisque les deux catégories seraient soumises au même régime et d'autre part, ceci méconnaît la raison d'être de la distinction.

Les clauses du contrat d'adhésion doivent faire l'objet d'un contrôle, car elles ont été soustraites à toute négociation ce qui n'est pas le cas de celles du contrat de gré à gré.

⁵¹ Article 1169, PROJET D'ORDONNANCE du 25 février 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Paragraphe 2 - Des difficultés probatoires

Au-delà de ces difficultés relatives à la matérialité de la soustraction à la négociation, il existe des difficultés relatives à la preuve de la soustraction à la négociation.

Premièrement, à qui incombe la charge de la preuve ?

Conformément au droit commun, c'est à celui qui demande la sanction d'une clause de prouver qu'il a conclu un contrat d'adhésion, et donc d'établir en fait les trois éléments de la définition, à savoir des conditions générales, une rédaction unilatérale et préalable, la soustraction à la négociation.

En effet, le Code civil⁵² dispose que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Toutefois, conformément à cette même disposition, si l'autre partie prétend qu'au contraire le contrat est de gré à gré, elle doit pouvoir en rapporter la preuve, c'est-à-dire rapporter les éléments permettant de considérer que les stipulations ont été librement négociées.

Deuxièmement, comment rapporter la preuve ?

L'article 1358 nouveau du Code civil dispose que « hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ».

L'article 1110 ne prévoyant pas de mode de preuve spécifique, la preuve peut être apportée par tout moyen.

Le juge devra donc accueillir tous les modes de preuve choisis par la partie qui entend faire qualifier le contrat d'adhésion ou inversement, de gré à gré. Il s'agira de rapporter les

⁵² Article 1353 du Code civil

conditions factuelles de l'échange des consentements : des indices, des témoignages, voire des écrits pourront donc venir au soutien de l'argumentation des parties. Les pouvoirs d'appréciation du juge s'en trouveront accrus.

Il est conseillé ici de consigner les preuves de la négociation ou du refus de toute négociation. Aussi la matérialisation par un écrit des négociations précontractuelles, si elles ont eu lieu, est préconisée.

Même si elle concerne un domaine voisin, la jurisprudence de la chambre commerciale, rendue en application de l'article L. 442-6 du code de commerce en matière de pratiques restrictives de concurrence, pourra ici se révéler fort utile pour identifier les critères factuels qui démontrent que toute négociation était impossible⁵³. Ainsi, le juge pourra procéder à la recherche de faisceaux d'indices.

Il appartiendra aux juges du fond de vérifier, en fait, que les éléments de qualification sont réunis, ce qui renvoie, d'une part, à leur appréciation souveraine des éléments de preuve et, d'autre part, à leur pouvoir de qualification des faits. Eu égard aux enjeux de la qualification, la Cour de cassation devra veiller à contrôler cette dernière, et ne saurait s'en tenir, au moins dans un premier temps, au simple contrôle de base légal.

On peut cependant se demander si la jurisprudence ne posera pas une présomption simple en faveur du contrat d'adhésion pour certains contrats notamment les contrats de consommation où l'on sait par principe qu'il y a une certaine inégalité des forces ou qu'une négociation est par principe impossible. Par exemple en matière de contrat d'assurance ou pour les contrats d'abonnement téléphonique et internet. Il incombera alors au professionnel d'apporter la preuve contraire.

⁵³ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27525

Les parties peuvent-elles, pour éviter tout contrôle judiciaire, introduire une stipulation précisant formellement que le contrat n'est pas d'adhésion, mais de gré à gré ?

Il s'agit d'appréhender la clause par laquelle les parties entendent soumettre leur contrat à la qualification de contrat de gré à gré. Il faut, pour apprécier la validité d'une telle clause, regarder le caractère impératif ou non de la qualification.

Une réponse nuancée s'impose : l'affirmative prévaut, si la clause entend seulement constater un fait réellement survenu, à savoir la négociation du contrat. La négative l'emporte, en revanche, si les parties entendent par cette clause opter pour une qualification différente de celle correspondant aux faits, car il n'est pas dans leur pouvoir de déroger, par une qualification inexacte, aux règles d'ordre public, ce qu'est incontestablement l'article 1171.

Mais est-ce le cas de l'article 1110 du Code civil ?

Le rapport remis au Président de la République⁵⁴ offre une réponse : le principe est la suppléativité des articles sauf si l'article considéré prévoit son caractère impératif.

Or, l'article 1110 du Code civil ne prévoit pas ce caractère impératif. Dès lors, il serait logique de considérer qu'en présence d'un texte supplétif, les parties peuvent y déroger. Néanmoins, l'article 1171 sur le déséquilibre significatif qui ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion est lui impératif. Cette impérativité de l'article 1171 ne rejaillit-elle pas sur son champ d'application et par conséquent sur l'article 1110 ?

De plus, il est de l'utilité même du régime que d'étendre l'impérativité de l'article 1171 sur son champ d'application. En effet, si l'on considère que la qualification est supplétive, alors il suffira d'écartier contractuellement le texte pour éviter l'application du régime portant sur la lutte des clauses abusives, ce qui ruinerait totalement l'utilité de l'article 1110, mais aussi *in extenso* celle de l'article 1171.

⁵⁴ Légifrance, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25

Par ailleurs, la présence de formules ou de mentions, même manuscrites, par lesquelles le contractant adhérent affirmera avoir pu discuter les conditions générales du contrat ne devrait qu'avoir une portée et une autorité limitées, si la preuve n'est pas apportée que les conditions matérielles et factuelles entourant la conclusion du contrat ont effectivement permis l'existence d'une véritable négociation.

Il est judicieux de mettre ceci en relation avec la jurisprudence de la chambre sociale relative à la caractérisation du contrat de travail, aux termes de laquelle « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »⁵⁵.

L'idée entourant la consécration de cette notion est d'apporter une protection à une partie dont la liberté dans la détermination du contenu contractuel a été réduite par son cocontractant. Dès lors, le contexte factuel dans lequel le contrat a été conclu, notamment la soustraction à la négociation, conduit à relativiser substantiellement la volonté formellement exprimée par la partie adhérente qui ne maîtrise en rien *l'instrumentum*.

Le juge devra donc s'attacher à reconstituer les circonstances entourant la conclusion du contrat et la détermination de son contenu pour qualifier le contrat et ne devra pas s'attacher aux simples écrits et déclarations des parties qui ne sont mis en œuvre qu'aux fins de faire croire à une apparente négociation et se soustraire à la qualification de contrat d'adhésion et à son régime.

⁵⁵ Soc. 25 juin 2011, n°12-13.968 ou Soc. 22 juin 2016, n° 15-20.935

Conclusion

L'entrée dans le droit commun des contrats de la notion de contrat d'adhésion marque le début d'un temps fort dans le processus d'évolution du droit tel que nous le connaissions sous Napoléon Ier. D'une notion sans régime émanant de l'esprit de la doctrine, nous sommes passés aujourd'hui à une notion définie par les textes et dont le régime entend rééquilibrer les contrats qui ne le sont pas.

Cette entrée de la notion du contrat d'adhésion accompagnée de la lutte contre les clauses abusives dans le droit commun était non seulement attendue, mais également redoutée. Cette consécration s'inscrit dans un nouveau mouvement qui tend à lutter contre les inégalités au détriment de la liberté contractuelle qui s'en trouve amoindrie. Il revient alors au juge de rééquilibrer les contrats par le biais de la suppression des clauses créant un déséquilibre significatif.

En effet, la réforme entend accroître les pouvoirs du juge qui est seul maître de la qualification du contrat et de l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Cet interventionnisme judiciaire se retrouve également à d'autres endroits de la réforme : en matière d'imprévision, d'inexécution contractuelle, dans le contrôle et la caractérisation de l'abus dans la fixation du prix, l'examen du respect de la bonne foi qui doit irriguer le contrat de sa formation à son terme. Les parties au contrat sont ainsi averties, elles doivent être de bonne foi durant tout le processus contractuel mais elles doivent également prévoir une négociation des conditions générales de leur contrat sous peine d'y voir supprimer les clauses créant un déséquilibre significatif par le juge.

Le contrat qui initialement était la chose des parties devient également l'affaire du juge qui peut ainsi s'immiscer dans la sphère contractuelle pour en priver d'effet les clauses déséquilibrées, dès lors que le contrat est d'adhésion. Or, un grand pouvoir implique de grandes responsabilités...

Désormais, face aux questionnements de certains juristes, sur l'insertion dans le droit commun de la notion, la réforme apporte aujourd'hui des réponses. En effet, le doctorant Monsieur R.Thiancourt se demandait à juste titre en 2013⁵⁶ si la notion de déséquilibre significatif n'intégrerait pas le droit commun des contrats eu égard à l'entrée de cette notion en droit commercial. C'est désormais chose faite même si ce déséquilibre est limité aux seuls contrats d'adhésion.

Malgré l'apparente simplicité de la définition du contrat d'adhésion se cachent des réalités pratiques et théoriques auxquelles le législateur n'a pas songé. Il y a fort à parier que le rôle du juge s'en trouvera accru. Mais aura-t-on une interprétation stricte du texte ? Si l'on considère que le contrat d'adhésion est une exception au contrat de gré à gré, alors la réponse est affirmative. En revanche, si l'on considère l'inverse, alors une interprétation plus souple pourrait se faire.

De plus, l'ampleur du phénomène dépendra du champ d'application auquel le juge appliquera la notion. Certains auteurs réduisent ce champ d'application aux seuls contrats de consommation là où d'autres l'appliquent, à toutes les relations dès lors que le contrat répond aux critères de la définition. En effet, le texte ne prévoit pas une telle limite de sorte que la notion s'applique à toutes les relations.

Il n'y a donc pas une seule relation à laquelle la notion fait référence qui serait la relation consumériste, elle est susceptible de s'appliquer aux relations d'affaires dès lors qu'il y a une prédétermination et une soustraction à la négociation des conditions générales. En effet, le législateur en intégrant une telle notion, de laquelle dépend la suppression des clauses créant un déséquilibre significatif dans le droit commun des contrats, a entendu créer un régime général régissant les relations structurellement déséquilibrées.

Toutefois, le cœur de ce régime réside dans cette définition et dans la mise en œuvre des critères de qualification qui, à l'heure actuelle, font peser une grande incertitude sur les contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme.

⁵⁶ J.R Thiancourt, *La notion de déséquilibre significatif*, 2013

Le rôle du juge sera alors déterminant : il aura d'une part, à apprécier la réalité que revêt chaque élément de la qualification ce qui ne sera pas un travail facile et d'autre part, apprécier souverainement la caractérisation des éléments de la qualification en fonction de la situation factuelle à laquelle il sera confronté.

Actuellement, l'analyse par ce mémoire de la définition du contrat d'adhésion au travers de la dissection de ses différents critères, permet de conclure à une extrême largesse et ouverture de la notion notamment au regard de l'interprétation qui peut être faite des termes utilisés. De fait, le danger est double : d'une part qu'il y ait une appréciation très souple de la définition de sorte que trop de contrats soient qualifiés d'adhésion, limitant ainsi drastiquement la liberté contractuelle ; et d'autre part, à l'inverse, que le juge, par une appréciation trop restrictive des critères, ne vienne limiter drastiquement la possibilité de se prévaloir du dispositif relatif aux clauses abusives. Cependant, la simple qualification en contrat d'adhésion ne constitue pas en soi une fatalité rendant *de facto* les clauses qu'il contient nulles. Encore faut-il pour cela que la clause crée un déséquilibre significatif ! La qualification n'est qu'une étape dans le processus de caractérisation de la clause abusive.

Une insécurité juridique persistera dans le cadre de la mise en œuvre des critères et il est plus que souhaitable que la Cour de cassation se saisisse de la question de la qualification et ne se retranche pas derrière l'appréciation souveraine des juges du fond eu égard aux enjeux.

Désormais, le nerf de la guerre en droit des contrats sera la qualification du contrat en contrat d'adhésion ou de gré à gré en fonction de la volonté de celui qui en fait la demande, soit pour éviter la suppression des clauses abusives soit pour en demander le bénéfice.

Est bien fou celui qui prétend savoir comment le juge mettra en œuvre les critères du contrat d'adhésion !

Pour autant, l'entrée dans le droit commun de cette protection, circonscrite aux seuls contrats d'adhésion, met-elle fin à l'invasion par la notion de déséquilibre significatif que connaît actuellement le droit français ? Rien n'est sûr, il serait en effet intéressant d'étudier si, après avoir conquis le droit interne en son ensemble (droits spéciaux et droit commun), la notion de contrat d'adhésion et de lutte contre les clauses abusives à travers la notion de déséquilibre significatif ne serait pas à l'assaut du droit international notamment au travers d'un potentiel projet de code civil européen.

Table des matières

REMERCIEMENTS	1
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	3
SOMMAIRE	0
INTRODUCTION	1
PARTIE I — DES CONDITIONS GÉNÉRALES PRÉDÉTERMINÉES	9
CHAPITRE 1 — DES CONDITIONS GÉNÉRALES	10
SECTION 1 — L'INADEQUATION DES TERMES « STIPULATIONS ESSENTIELLES »	11
PARAGRAPHE 1 — UNE NOTION DIFFICILE À APPREHENDER	11
PARAGRAPHE 2 — UNE NOTION EN CONTRADICTION AVEC L'ESPRIT DU CONTRAT D'ADHESION	14
SECTION 2 — L'AMBIGUÏTÉ DES TERMES « CONDITIONS GÉNÉRALES »	16
PARAGRAPHE 1 — UNE NOTION CONNUE DE LEGE LATA	16
PARAGRAPHE 2 — UNE NOTION À DÉFINIR DE LEGE FERENDA	21
CHAPITRE 2 — UNE PRÉDÉTERMINATION	26
SECTION 1 — LA REDACTION DES CONDITIONS GÉNÉRALES PAR L'UN DES CONTRACTANTS	26
PARAGRAPHE 1 - LA DÉTERMINATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR LE LEGISLATEUR	27
PARAGRAPHE 2 - LA DÉTERMINATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR UN TIERS	32
SECTION 2 — LA REDACTION À L'AVANCE DES CONDITIONS GÉNÉRALES	36
PARAGRAPHE 1 — L'ANTÉRIORITÉ DE LA REDACTION : UN CRITÈRE LOGIQUE	36
PARAGRAPHE 2 - L'ANTÉRIORITÉ DE LA REDACTION : UN CRITÈRE NON EXEMPT DE DIFFICULTÉS	38
PARTIE II — UNE SOUSTRACTION À LA NÉGOCIATION	43
CHAPITRE 1 — APPRÉCIATION DU CRITÈRE	44
SECTION 1 — L'IMPOSSIBILITÉ DE NÉGOCIER, CRITÈRE PHARE DE LA QUALIFICATION	44
PARAGRAPHE 1 — UN CRITÈRE ÉTROITEMENT LIÉ AUX TROIS AUTRES	44
PARAGRAPHE 2 — LIBRE DISCUSSION OU SOUSTRACTION À LA NÉGOCIATION ?	47
SECTION 2 — LA POSSIBILITÉ DE NÉGOCIER, CRITÈRE EXCLUSIF DE LA QUALIFICATION ?	50
PARAGRAPHE 1 — DEUX DÉFINITIONS NON HARMONISÉES	50
PARAGRAPHE 2 — DEUX DÉFINITIONS PAR CONSÉQUENT NON ÉTANCHES	53
CHAPITRE 2 — APPLICATION DU CRITÈRE	58
SECTION 1 — UN CHAMP D'APPLICATION ÉLARGI	58
PARAGRAPHE 1 — LES RAISONS D'UNE APPLICATION ÉLARGIE DE LA NOTION	58
PARAGRAPHE 2 — LES DIFFÉRENTS CONTRATS CONCERNÉS	62
SECTION 2 — UNE MISE EN ŒUVRE PROBLÉMATIQUE	69
PARAGRAPHE 1 - DES DIFFICULTÉS DE FOND	69
PARAGRAPHE 2 - DES DIFFICULTÉS PROBATOIRES	78
CONCLUSION	82

Bibliographie

Ouvrages

R. Saleilles, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229

F.Terré, P. Simler et Y. Lequelle, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, p.218

F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil. Contrats, Théorie générale - Quasi-contrats*, PUF, 2014, n° 4.

B. Frages, *Droit des obligations*, LGDJ 6e édition, page 58

G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, n°34

Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* p63 à P68

O.Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, op. cit., p. 65 ; J.-B. Seube et alii, *Pratiques contractuelles, ce que change la réforme du droit des obligations*, 2e éd., Éd. législatives, 2016, p23

T.Douville, *La réforme du droit des contrats : commentaire article par article*, Gualino 2016 p46 et s

F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, coll. « À savoir », 2016, n° 62.11

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, 2013, n° 427, p. 202.

Reuves

M. Mekki, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Recueil Dalloz Sirey, 2016, n°9 p494 et s

JB SEUBE P. Mousseron P. Grignon et R. Loir, *Dis-moi quel contrat tu es, je te dirai quel est ton droit*, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise) Chronique « Technique contractuelle », n° 24, p. 35 et s

T. Revet, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016. n° 30, p.1771 et s

F. Chénéde, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, La Semaine Juridique Edition Générale 2016, n° 27 p.776

A. Chatain et JP. Erb, *Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge*, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 2017, n°18 p26 et s

V.Dutto, *De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats*, AJ contrat 2017, p.159

T.Revet, *Une philosophie générale ?*, RDC 2016, n° hors-série, spéc. N° 20, p.5

R. Boffa, *Article 1108 : le contrat d'adhésion*, Revue des contrats n° 03, p.736

F. Chénéde, *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, D.2015, n° 4 p1226

N.Rontchevsky, *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. 2016 p.515

A. LECOURT, *Contenu et forme du contrat, l'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques*, RTD Com.2016, p767

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

M. Mekki, J.-M. Darrois et J.-M. Gauvain, *Se conformer au nouveau droit des contrats, Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives*, JCP E 2016. 1373

N.Molfessis, *Droit des contrats : Que vive la réforme*, La semaine Juridique Edition Générale n° 07, 15 février 2016

Revue Lamy Droit civil, N° 144, 1er janvier 2017

L. Gratton, *Les clauses abusives en droit commun des contrats*, Recueil Dalloz Sirey, 2016, n°1 p 22 et s

V. Lasbordes de Virville, *Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale*, Revue Lamy de la Concurrence, 2016, n°54 p 19 et s

Le Lamy Droit du contrat, 2016

I. Eid, *Les enjeux de la réforme du code civil et ses innovations*, Dalloz IP/IT, 2016, n°5 p245 et s

F.XLicari, *Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ?*, Revue Lamy Droit Civil 2017, n° 144, p10 et siècle

A. Riéra, *Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations : une notion, deux régimes ?*, Revue Lamy de la Concurrence, 2016, n° 52 p 19 et s

S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil*, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016 dossier 5

M. Behar-Touchais, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 4 Avril 2016, 391

A. Tadros, « *L'adhésion* » du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. *Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?*, Recueil Dalloz Sirey 2017, n° 4 p.171 et s

A. Reygrobellet, *La réforme du droit des contrats et les cessions de droits sociaux. Le déséquilibre significatif*, Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly, 2016, n° 9 p 534 et s

A. Lecourt, *Article L.442-6, 1, 2 °, du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité*, Revue Lamy Droit des affaires 2016, n° 121, p.44 et s

M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière) 2016, n° 45, p. 5 et s

D.Houtcieff, *Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats*, Recueil Dalloz Sirey 2016, n° 37, p.2183 et s

F. Leclerc, *Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution ?*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2017, n°5, p200 et s

M. Mekki, *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ?*, La Gazette du Palais, 2015, n°352-353 p11et s

V. LEDOUX, *Le nouveau déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion*, Journal des Sociétés, 2016, n°144 p10 et s

M. Mekki, *Droit des contrats janvier 2016-janvier 2017*, Recueil Dalloz Sirey, 2017, n°7 p 375 et s

G. Durand-Pasquier, *Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme*, JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière), 2016, n°13 p 40 et s

C. Grimaldi, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats*, Les Petites Affiches 2016, n° 215, p.6 et s

M. Chagny, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, n°3 p115 et s

N. Blanc, *Le juge et les standards juridiques*, Revue des contrats, 2016, n°2016/2 p 394 et s

M. Mekki, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?*, Revue des sociétés 2016, n° 10, p.563 et s

N.Blanc, *Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gazette du Palais, avril 2015, n°120

N. Ferrier, *Les clauses usuelles dans les contrats de distribution à l'aune des réformes récentes*, Revue de Jurisprudence commerciale, 2016, n°6, p 699 et s

L. Sigouirt, *A la recherche de la négociation...*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, n°6 p 268 et s

F.Buy et J.Heinich, *Droit des sociétés : la menace des clauses abusives ?*, Revue de Jurisprudence commerciale 2016, n° 5, p.458 et s

- JD.Barbier, *Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion*, La Gazette du Palais 2016, n° 25, p.55 et s
- G. Loiseau, *Le traitement différencié des clauses abusives : un pas vers le désordre*, Communication Commerce Électronique, 2016, n°7 p 29 et s
- N. Ereseo, *Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les banques et la clientèle professionnelle*, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2016, n°3 p 100 et s
- D.Mainguay, *Contenu des contrats de distribution*, Revue Lamy Droit des affaires 2016, n° HS, p.18 et s
- M. Béhar-Touchais, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, JCP G 2016, act. 391
- B. LEFEBVRE, *Le contrat d'adhésion*, Revue du Notariat, Vol. 105, septembre 2003
- B. Moore, *À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois*, Revue juridique Thémis, Volume 28 n° 1
- G. Loiseau, *La puissance du contractant en droit commun des contrats*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2015, n°12 p496 et s
- D.Fenouillet, *Le juge et les clauses abusives*, Revue des contrats 2016, n° 2016/2, p. 358 et s
- N. Ereseo, *Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les banques et la clientèle professionnelle*, Revue de Droit Bancaire et Financier 2016, n° 3 p.100 et s
- P.Grosser, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, AJCA 2016, p270
- JC. Grall et G. Mallen, *Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations*, Revue Lamy de la Concurrence, 2016, n°56 p20 et s
- H. Barbier, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, Revue Trimestrielle de Droit Civil 2016, n° 2 p. 247 et s
- F. La Vaissière, *La réforme du droit des obligations et les relations locatives*, Annales des loyers 2016, n° 4 p.105 et s
- J.F Hamelin, *Le contrat de société*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire 2016, n° 147 p. 7 et s

F. Ancel, *Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ?*, Recueil Dalloz Sirey, 2017, n°13 p721 et s

M. Behar-Touchais, *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec*, JCP G Semaine Juridique (édition générale), 2017, n°10 p 436 et s

JC. Grall et G. Mallen, *Affaire Galec : la Cour de cassation confirme que le déséquilibre significatif peut justifier la modification par le juge du prix convenu entre les parties*, Revue Lamy de la Concurrence, 2017, n°61 p 32 et s

D. Houtcieff, *La notion de déséquilibre significatif peut-elle significativement varier ?*, La Gazette du Palais, 2017, n°15 p 37 et s

P. Vanni et AC. Martin, *De l'ordre dans le "déséquilibre significatif" ?*, Revue Lamy de la Concurrence, 2017, n°59 p 17 et s

D. Mazeaud, *La place du juge en droit des contrats*, Revue des contrats, 2016, n°2016/2 p353 et s

Thèses et Mémoires

Pichon, *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, thèse, la revue judiciaire 1912

J.R Thiancourt, *La notion de déséquilibre significatif*, mémoire 2013

Textes de loi

PROJET D'ORDONNANCE du 25 février 2015 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Légifrance, *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26

Légifrance, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25

Sites internet

<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/>

<https://cours.unjf.fr/>

<https://www.youtube.com/watch?v=BHqsxeueRgg>

<https://www.youtube.com/watch?v=HCkb99XTKE>

https://www.youtube.com/watch?v=Knqx_s2ixZI

D.Mainguy, *Le contrôle de la lésion dans les contrats d'affaires et C. com. art. L. 442-6, I 2 °?* Le Blog de Daniel Maingy, 23 Février 2017