

N° 2017 - 1

Fondateur

Pr Robert NEMEDEU

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

FONDATEUR :

Pr Robert NEMEDEU

Agrégé des Facultés de Droit

Diplômé de l'Ecole du Barreau de Paris (EFB)

1er Vice - Président du CTS Sciences juridiques et Politiques du CAMES

Université de Yaoundé II - Cameroun

REDACTEUR EN CHEF :

Pr Eloie SOUPGUI

Agrégé des Facultés de Droit

Université de Yaoundé II - Cameroun

REDACTEUR EN CHEF-ADJOINT :

Pr Serge Patrick LEVOA AWONA

Agrégé des Facultés de Droit

Université de Ngaoundéré – Cameroun

CONCEPTION

UGC Yaoundé

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

COMITE D'HONNEUR

***Pr GBAGUIDI A. Noël**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université d'Abomey-Calavi, Bénin*

***Pr BOKALLI Victor-Emmanuel**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Ancien Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Yaoundé II*

***Pr JOGBENOU Joseph**, Agrégé des Facultés de Droit, Université d'Abomey - Calavi, Ministre de la Justice, Bénin*

***Pr MINKOA SHE Adolphe,** Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Vice-Recteur, Université de Yaoundé II*

***Pr MODI KOKO Désiré**, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang, Cameroun*

***Pr NDIOUF Ndiaw**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Ancien Doyen de la Faculté de Droit, Université Check Anta DIOP de Dakar, Sénégal*

***Pr RONTCHESKY Nicolas**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France*

***Pr SAWADOGO Michel Filiga**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université OUAGA II, Ministre de l'Enseignement supérieur, de la recherche scientifique et de l'innovation, Burkina Faso*

***Pr SOSSA Dorothé Cossi** , Agrégé des Facultés de Droit, Université d'Abomey-Calavi, Bénin, Secrétaire Permanent de l'OHADA*

***Pr STORCK Jean-Patrice**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France*

***Pr STORCK Michel**, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France*

***Pr TSAFACK NANFOSSO Roger**, Agrégé des Facultés des Sciences Economiques et de gestion, Professeur Titulaire, Recteur de l'Université de Dschang, Cameroun*

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

***Pr MBAYE Mayatta Ndiaye**, Agrégé des Facultés de Droit, Université Check Anta Ndiop de Dakar, Sénégal*

***Pr MEVOUNGOU TSANA Roger**, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun*

***Pr MIENDJIEM Léopold**, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Dschang, Cameroun*

***Pr MONEYANG NANDJIP Sara**, Maître de conférences, Université de Douala, Cameroun*

***Pr MOUTHIEU NJANDEU Monique-Aimée**, Agrégée des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun*

***Pr NGNINTEDEM Jean-Claude,** Maître de conférences, Université de Ngaoundéré, Cameroun*

***Pr NSIE Etienne,** Agrégé des Facultés de Droit, Université Omar Bongo, Libreville, Gabon*

***Pr NTONO TSIMI Germain**, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun*

***Pr PEKASSA NDAM Gérard**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun*

***Pr PODAR Adama**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Vice-Président, Université de Kara, Togo*

***Pr TCHAKOUA Jean-Marie**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun*

***Pr TIMTCHUEMG Moïse**, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Dschang, Cameroun*

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

COMITE DE REDACTION :

Dr AMOUGUI Pulchérie Chantal, *Chargée de cours, Université Catholique d'Afrique Centrale, Yaoundé*

Dr BATOUAN Joseph-Alain, *Chargé de cours, Université de Yaoundé II*

Dr BEM LISSOUK, *Chargé de cours, Université de Yaoundé II*

Dr ETOULA ESSOH Clotilde, *Assistante, Université de Buéa*

Dr GATCHOUP TCHINDA Désiré, *Chargée de cours, Université de Yaoundé II*

Dr GUEDEGBE Samson Igor Bidossessi, *Maître assistant, Université d'Abomey- Calavi, Bénin*

Dr KAGOU KENNA Patrice Hubert, *Assistant, Université de Dschang*

Dr OMGBA MBARGA Augustin, *Chargé de cours, Université de Yaoundé II*

Dr WANDJI Alain Douglas, *Chargé de cours, Université de Yaoundé II*

M. MAHOUAIN Salifou, *Assistant, Université de Yaoundé II*

RESPONSABLES RUBRIQUES :

I - Question d'actualité **: Pr Robert NEMEDEU**

II - Législation **: Pr Eloie SOUPGUI**

III - Doctrine **: Pr Serge Patrick LEVOA AWONA**

IV - Jurisprudence

- Jurisprudence annotée : **Pr Robert NEMEDEU**
- Chronique de jurisprudence

  - Droit commercial général **: Pr Moïse TIMTCHUENG**
  - Droit de l'arbitrage : **Pr Robert NEMEDEU**
  - Droit de la concurrence : **Pr Grégoire JIOGUE**
  - Droit de la consommation : **Dr Chantal AMOUGUI**
  - Droit des assurances : **Pr BOKALLI Victor Emmanuel**
  - Droit des contrats : **Pr Yvette KALIEU ELONGO**

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

COMITE SCIENTIFIQUE :

Dr ABA'A OYONO Jean - Calvin, *Chargé de cours, Université de Yaoundé II, Cameroun*

Dr MEBENGA Mathieu, *Chargé de cours, Université de Yaoundé II, Cameroun*

Pr AGBENOTO Koffi Mawunyo, *Agrégé des Facultés de Droit, Université de Kara, Togo*

Pr CAMARA Bakary, *Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université de Bamako, Mali*

Pr DECKON KUASSI François, *Agrégé des Facultés de Droit, Doyen honoraire de la Faculté de Droit, Université de Lomé, Togo*

Pr DIFFO TCHUIKAM justine, *Maître de conférences, Université de Yaoundé II, Cameroun*

Pr FOMETEU Joseph, *Professeur Titulaire, Université de Ngaoundéré, Cameroun*

Pr GATSI Jean, *Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Douala, Cameroun*

Pr GUIMDO Bernard-Raymond, *Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun*

Pr JAMES Jean-Claude, *Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université Omar Bongo, Libreville, Gabon*

Pr JIOGUE Grégoire, *Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun*

Pr KALIEU ELONGO Yvette Rachel, *Agrégée des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Dschang, Cameroun*

Pr KUATE Sylvain, *Maître de conférences, Université de Yaoundé II, Cameroun*

Pr LOKO-BALOSSA Elie Joseph, *Maître de conférences, Université Marien Ngouabi, Brazzaville, Congo*

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

- Droit des investissements : **Pr DIFFO TCHUIKAM Justine**
- Droit des marchés financiers : **Dr Désiré NGATCHOUP TCHINDA**
- Droit des marchés publics : **Dr Jean-Calvin ABA'A OYONO**
- Droit des procédures collectives : **Pr Sara NANDJIP MONEYANG**
- Droit des sociétés commerciales : **Pr Monique Aimée MONTHIEU**
- Droit des sûretés : **Pr Eloie SOUPGUI**
- Droit des transports : **Pr Jean-Claude NGNINTEDEM**
- Droit du travail et de la prévoyance sociale : **Pr Isidor MIENDJIEM**
- Droit fiscal : **Pr Gérard PEKASSA NDAM**
- Procédures simplifiées de recouvrement des créances et voies d'exécution : **Pr Sylvain KUATE**
- Propriétés intellectuelles : **Pr Joseph FOMETEU**

V - Droit pratique : **Me Hyppolite Bertin TIAKOUANG MELI, avocat**

VI – « *Ont soutenu* » : ***Dr KAGOU KENNA Patrice Hubert***

VII - « *Lu pour vous* » : **M. MAHOUAIN Salifou**

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

CADRE DE PUBLICATION

Tout article soumis pour publication doit être rédigé en format Microsoft Word (2007 minimum) et respecter la police de caractères suivante :

Nom de la police : calibri

Taille des caractères : 12

Interligne : 1,5

Tout article doit être accompagné d'un résumé en français et en anglais et envoyé à l'adresse suivante : lenemro@lenemro.org

La revue s'engage à publier les résumés des meilleures thèses soutenues dans le domaine du droit économique. Elle entend contribuer ainsi à la vulgarisation des résultats des activités scientifiques nombreuses que nous organisons dans nos universités.

L'auteur s'engage en retour à ne pas publier son article dans une autre revue, au moins, durant la période nécessaire à l'expertise, et définitivement, lors que son texte est retenu.

Le rédacteur en chef

Pr Eloie SOUPGUI

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

SOMMAIRE

QUESTION D'ACTUALITE 1

LES PRINCIPES GOUVERNANT LA RESPONSABILITE DU TRANSPORTEUR FERROVIAIRE, Pr Robert NEMEDEU, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II 1

LEGISLATION 7

DOCTRINE 8

La réception du contrat d'adhésion dans les législations contemporaines, Pr Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Agrégée des Facultés de droit, Université de Dschang 8

Le créancier privilégié dans les procédures collectives OHADA : un géant au pied d'argile ?, Pr Jean GATSI, Agrégé des facultés de droit, Université de Douala - Cameroun 50

DOL ET GARANTIE DE PASSIF EN MATIERE DE CESSION DE DROITS SOCIAUX, Dr Ibrahim NDAM, Chargé de Cours à la FSJP, Université de Yaoundé II (Cameroun) 74

Regard consumériste sur la clientèle des établissements de microfinance, Dr P. Juvet LOWE GNINTEDEM, Chargé de Cours, Université de Dschang – Cameroun, lowe_patrick@yahoo.fr ; patrick.lowe@univ-dschang.org 104

JURISPRUDENCE 138

Commission des Marchés Financiers 138

Décisions de sanction de la commission des marchés financiers à l'encontre de la Banque Internationale du Cameroun pour l'Epargne et le Crédit (BICEC°), Pr Robert NEMEDEU, Agrégé des Facultés de droit, Université de Yaoundé II, et M. Salifou MOUHOUAIN, Assistant à la FSJP, Université de Yaoundé II 138

Décision de sanction de la Commission des Marchés Financiers à l'encontre de SCB Cameroun SA., Cameroon Tribune, mardi 06 août 2013, p. 27. Pr Robert NEMEDEU, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, et Mlle Marlize E. NGNIDJIO TSAPI, Assistante à la FSJP, Université de Yaoundé II 155

Convention de préemption - Violation – Sanction – nullité de la vente et substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur sous condition du paiement du prix

Cour Suprême, arrêt n°249/Com du 06 novembre 2008, « affaire Société ARNO Sarl c/ Société Industrielle de Produits Chimiques et Aromatiques (SIPCA) et la Société SAPI SCI », D. N. TACHAGO YOUMSSI, Maîtrise en droit et carrières judiciaires, FSJP de l'Université de Dschang – Cameroun 186

« DROIT PRATIQUE» 216

Les conséquences patrimoniales du divorce : Les effets du divorce dans les rapports patrimoniaux, Pr Jacqueline KOM, Maître de Conférences, Université de Yaoundé II-Cameroun 216

« ONT SOUTENU » 234

Lu pour vous 240

LE NEMRO
REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE
2017-1, Janvier/Mars 2017

DOCTRINE

La réception du contrat d'adhésion dans les législations contemporaines[1], *Pr Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Agrégée des Facultés de droit, Université de Dschang*

RESUME

De nombreux contrats, au regard des circonstances entourant leur conclusion, sont des contrats d'adhésion. En dépit de leur utilisation croissante depuis le début du 20ème siècle dans les transactions tant civiles que commerciales, les contrats d'adhésion ont tardé à faire l'objet d'une réglementation propre. Tout au plus, faisaient-ils l'objet d'une réglementation indirecte par exemple à travers la réglementation des clauses abusives contenues dans certains contrats.

Désormais, plusieurs législations, à l'exemple de celles de la France, du Québec ou de l'OHADA ont introduit et réglementé le contrat d'adhésion dans le droit commun ou envisagent de le faire. Ces législations présentent de nombreux points de convergence. Tout en rejetant une qualification du contrat d'adhésion par les critères subjectifs fondés par exemple sur l'inégalité des parties, ils optent pour une qualification fondée sur les critères subjectifs. Partant de ceux-ci, les contrats d'adhésion se caractérisent par l'absence de négociation ou d'imposition du contenu du contrat ainsi que la rédaction unilatérale du contenu du contrat.

Au-delà de la détermination de critères communs de qualification, la réception des contrats d'adhésion en droit commun contribue à l'extension du régime de protection que la loi accorde à cette catégorie de contrats à un plus grand nombre de contrats. Ce faisant, l'introduction des contrats d'adhésion en droit commun des contrats contribue à un plus grand équilibre des contrats. Elle entraîne également une plus grande intervention du juge dans les contrats puisque celui-ci doit exercer son pouvoir d'interprétation sur les clauses défavorables à l'adhérent.

Abstract

Many contracts are, according to the way they are negotiated, considered as contacts of adhesion characterized by the fact that their content or the mains dispositions of the contract are not negotiated. They are written by one the party and are to be accepted or not by the other one. Despite of the fact that they are commonly used since the earlier 20th century, both in civil and commercial transactions, contracts of adhesion were not yet introduced in the general provisions of the civil codes. Only some few legislations have specific rules that deal with such contracts for example by taking measures again abusive clauses.

But, for some years now, Québec law and French as well as OHADA law have adopted rules related to contracts of adhesion. The aim of these different laws is firstly to give clear definition of the notion by setting criteria for their identification. These criteria which are objectives and not subjectives are based on the fact that there is no negotiation before entering into contract and the adhering part of the contract has no choice than accept or refuse the contract written and presented by the other party.

The different laws also set up rules for the protections of the adhering part. The aim is to extend to many others contracts rules that where applied to specific contracts. By doing so, the law contributes to balanced contractual relations. The law also provides specifics rules for the interpretation of the contract of adhesion in other to protect the adhering party in cases where the clauses are unfavorable to the latter. This interpretation reinforced the power of the judges in such contracts.

[1] Cet article est inspiré d'une communication faite lors du colloque sur Le droit des contrats au XXIème siècle, Regards croisés, organisé par l'Université de Douala les 7 et 8 juin 2015. La communication était intitulée: Les contrats d'adhésion au début du 21ème siècle.

La réalité économique que constitue le contrat d'adhésion a contrasté, pendant longtemps, avec l'indifférence voire l'hostilité ou la méfiance affichée par le droit face à ce phénomène. Alors que la doctrine était partagée sur la pertinence même de la notion de contrat d'adhésion, la jurisprudence refusait de tirer les conséquences de cette catégorie particulière de contrat et la loi ne disposait pas de mécanismes particuliers pour le contrôler.

Cette hostilité n'a pourtant affecté en rien le développement des contrats d'adhésion. L'industrialisation de la société, le développement technologique et avec eux la distribution de masse et la standardisation des produits y ont largement contribué. A l'origine limité à quelques contrats tels que le contrat d'assurance, le contrat de travail ou le contrat de transport de personnes, le phénomène des contrats d'adhésion s'est étendu et amplifié. On en juge par les différents domaines où on peut le retrouver aujourd'hui: contrats de fourniture de biens et de services (eau, électricité ou gaz), contrats de distribution commerciale, contrats bancaires, contrats de téléphonie mobile entre autres. Le développement des technologies de l'information et de la communication est venu donner un essor supplémentaire aux contrats d'adhésion à travers les contrats de commerce électronique tels que les achats en ligne[2].

Du fait de son succès économique[3] et de son utilité pratique en particulier son rôle incontournable dans la facilitation des transactions économiques, le contrat d'adhésion s'est progressivement imposé dans le champ du droit. De l'avis unanime de la doctrine, Saleilles[4] est le premier qui a introduit la notion de contrat d'adhésion dans le droit d'inspiration

---

[2] Sur cet aspect, lire particulièrement, GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D. E.), Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé, Les cahiers du droit , Vol. 48, n°4, décembre 2007, p. 635 et sv. Voir aussi, BOFFA (R.), Article 1108: le contrat d'adhésion, in "Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats; articles choisis", Revue des contrats, 2012, n°03, page 736.

[3] Economiquement, le contrat d'adhésion rime aussi avec gain de temps et d'argent notamment dans la distribution des biens et services courants.

[4] SALEILLES (R.), De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, 1901 cité par GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.M.), Traité de droit civil La formation du contrat, T.1. Le contrat - Le consentement, LGDJ Lextenso, 2013, p. 499, note 13.

civiliste[5]. Ses réflexions, qui traduisent pourtant la réalité économique et sociale de son époque, sont à contrecourant des pensées dominantes d'alors. Le début du 20ème siècle reste encore dominé par les principes d'autonomie de la volonté et surtout d'égalité des parties au contrat. Il n'était donc pas surprenant que les réflexions de Saleilles ne rencontrent, dans un premier temps que peu d'écho en doctrine.

L'accueil réservé à la théorie de Saleilles par la doctrine sera plus que mitigé. Deux courants vont d'ailleurs s'opposer: d'une part les anticontractualistes et d'autre part les contractualistes. Pour les premiers[6], le contrat dit d'adhésion n'est pas du tout un contrat parce que l'une des parties, l'adhérent, accepte les propositions faites par l'autre. Il n'y a pas d'accord de volontés, d'entente entre les parties à la base. Partant, il ne saurait y avoir contrat[7]. Le contrat d'adhésion se rapprocherait alors plus d'un acte réglementaire ou d'un acte unilatéral. Pour les seconds par contre[8], le contrat d'adhésion est avant tout et malgré tout un contrat[9]. De ce fait, il s'impose aux parties et fait leur loi. Il remplit par ailleurs toutes les conditions de validité des contrats et est par conséquent un contrat valable en dépit de l'absence de négociation et malgré l'inégalité des parties. Mais, progressivement, l'unanimité se fera autour de la nature contractuelle du contrat d'adhésion. La question aujourd'hui en doctrine n'est plus de savoir si le contrat d'adhésion est un contrat mais ce qui fait la particularité de ce contrat.

---

[5] Les travaux de Saleilles influenceront la doctrine bien au-delà de l'espace juridique français. Ils ont, par exemple, inspiré assez fortement le droit québécois où la notion de contrat d'adhésion est introduite en 1946 (LEMIEUX (M.), Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, Les cahiers de droit, Vol. 42, n°3, 2001, p. 841-872; http;//id. erudit.org/iderudit/043678 0).

[6] En plus de Saleilles, on peut citer également FORTIER dont les travaux datent aussi du tout début du 20ème siècle. FORTIER (G.), Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, Dijon, 1909 cité par LEMIEUX (M.), Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, Les cahiers de droit, Vol. 42, n°3, 2001, p. 841 et sv.; http;//id. erudit.org/iderudit/043678 0), p. 846.

[7] LEMIEUX (M.), préc.

[8] Au rang de ceux-ci, on peut citer des auteurs célèbres comme Planiol, Ripert ou encore Josserand.

[9] Et non un règlement ou un acte réglementaire, encore moins un acte unilatéral.

A la suite de la doctrine, la jurisprudence, qui à l'origine refusait de tirer des conséquences particulières de la qualification de contrat d'adhésion[10] va également donner un écho à ces contrats[11].

La prise en compte des contrats d'adhésion par le législateur interviendra plus tard. Il s'est agi, dans un premier temps, de réglementer certaines catégories de contrats d'adhésion que l'on pourrait qualifier de contrats structurellement déséquilibrés. Ce sont des contrats dans lesquels le risque pour le plus fort d'abuser du plus faible est réel. C'est le cas du contrat d'assurance, du contrat de transport de personnes ou encore du contrat de travail. D'autres contrats ont par la suite retenu l'attention des législateurs tels que le contrat de crédit au consommateur, le contrat de louage d'habitation, de vente à domicile, d'emprunt immobilier ou de bail résidentiel[12].

Cette réglementation spéciale s'est traduite principalement par le contrôle des clauses des contrats qui étaient tantôt interdites[13], tantôt imposées[14]. L'une des principales clauses interdites et qui a particulièrement retenu l'attention de la doctrine fût la clause

---

[10] Pendant longtemps, les juges - français notamment - ont refusé de réserver un traitement particulier aux contrats d'adhésion pour le seul motif qu'ils n'étaient pas négociés. Les juges de la Cour de Cassation décidaient par exemple qu' "un tribunal ne pouvait refuser de reconnaître la force obligatoire du contrat d'adhésion au simple motif de l'absence de libre négociation. En ce sens: Civ.1, 19 janvier 1982, JCP 1984, II, 20315, connu sous le nom de Affaire Loto national, cité par BENABENT Droit Civil Les obligations, préc. p. 18; Cas. civ. 1, 4 juin 1991, Bull. civ. , n°181. Adde TESTU (F. X.), Le juge et le contrat d'adhésion, JCP 1993, I, 3673 qui cite notamment un arrêt de 1853 rendu en matière d'assurance et qui traduit cette hostilité des juges face au contrat d'adhésion (DP 1853, I, 77).

[11] TESTU (F. X.), Le juge et le contrat d'adhésion, préc. ; MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les contrats d'adhésion en droit québécois, La revue juridique Thémis, Volume 28, numéro 1, p. 179 et sv. not. note 131.

[12] Voir CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), Droit de la consommation, Dalloz, 6ème éd., 2003.

[13] La loi a interdit l'insertion dans les contrats, en particulier dans les contrats de consommation, de certaines clauses telles que les clauses abusives, les clauses pénales, les clauses arbitraires, les clauses d'exonération de responsabilité (sur les clauses interdites en droit québécois, lire MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les contrats d'adhésion en droit québécois, préc.).

[14] La législation française en particulier a multiplié les contrats dans lesquels les mentions obligatoires sont imposées.

abusive. En droit français, les premières réglementations des clauses abusives remontent à l'année 1978[15]. Il s'agissait alors, à la faveur du développement du consumérisme, de sanctionner ces clauses dans les contrats de consommation[16]. Elle s'est traduite également par la multiplication des obligations imposées aux cocontractants en position de force et la prédétermination du contenu du contrat.

Malgré ces réglementations partielles - dont certaines ont servi de terreau pour la préparation de l'insertion des contrats d'adhésion dans le droit commun[17], il aura fallu du temps pour que le contrat d'adhésion soit reconnu comme une catégorie de contrat de droit commun[18].

Le droit québécois est, sans aucun doute, la première législation d'inspiration civiliste[19]à admettre les contrats d'adhésion en droit commun des contrats. C'est à la faveur

---

[15] Il s'agit de la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs des produits et des services. Elle avait entre autres buts, d'assurer la lutte contre les clauses abusives les contrats de consommation qu'ils soient d'adhésion ou non. Cette loi a depuis lors été intégrée au code de la consommation en son article L. 1321-1 devenu l'article L 212-1. Pour un essai de bilan de l'application de la loi de 1978, voir MESTRE (J.), Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, L'avenir du droit Mélanges en l'honneur de François Terré, PUF, Dalloz, Jurisclasseur, p. 677 et sv.

[16] La lutte contre les clauses abusives a depuis lors été étendue aux relations entre professionnels, principalement aux contrats de distribution à travers l'article L.442-6 I 2° du code de commerce qui sanctionne les abus constitutifs de pratiques restrictives de concurrence.

[17] On a considéré par exemple que l'article 1664. 11 C.c. B.C. (Code civil du Bas Québec) devenu l'article 1901 C.c. Q.) préfigurait la réglementation générale des contrats d'adhésion en droit québécois. En ce sens, MOORE (B.), Les contrats d'adhésion : Dix ans après, Revue du Barreau, Tome 63, Printemps 2003, p.69 et sv.

[18] Pourtant, l'idée d'une réglementation des contrats d'adhésion a été soutenue avec force dès le début du 20ème siècle. Par ex. FORTIER, dès 1907, sollicitait une réforme législative qui aboutirait à l'insertion des contrats d'adhésion dans le droit commun des contrats. Adde plus récemment: TESTU (F. X.), Le juge et le contrat d'adhésion, préc. n°11 qui émettait le vœu de l'adoption d'une " puissante théorie générale"; ROLAND et BOYER par STARCK, op. cit., p. 51, n°127-1: " Quelques intéressantes que soient ces dispositions législatives (partielles), force est de constater qu'elles ne constituent jamais que des interventions ponctuelles et laissent entier le problème général de la protection du particulier face au contrat d'adhésion en soi".

[19] Les systèmes anglo-saxons ne sont pas étrangers au phénomène du contrat d'adhésion qui est connu aussi bien en droit anglais qu'en droit américain (En ce sens: MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les contrats d'adhésion en droit québécois, préc.; GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D. E.), préc., p. 640). Pour une vue d'ensemble du contrat d'adhésion dans différents systèmes de droit et différents pays, lire : NEMAYER (K.), Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés, Amazon, France, Librairie Droz, Genève, 1999.

de la grande réforme du code civil québécois intervenue en 1991[20] que le législateur a consacré, non sans hésitation[21] et en faisant fi des réticences[22], la catégorie juridique des contrats d'adhésion auxquels sont consacrés les articles 1432, 1435, 1436 et 1437 et surtout 1379 du code. Aux termes de l'article 1379 du code civil québécois "Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées". S'inscrivant dans le cadre d'un mouvement plus important de modernisation du droit québécois des obligations en général[23] et du droit des contrats en particulier, cette consécration du contrat a été saluée comme l'une des plus importantes innovations du nouveau code[24].

C'est dire que le législateur français, en consacrant les contrats d'adhésion à travers le nouvel article 1110 alinéa 2 du Code civil tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016

Le projet européen de réforme du droit des contrats dans sa version actuelle (Projet Lando) ne réglemente pas expressément le contrat d'adhésion. L'article 4-110 du projet sanctionne néanmoins les clauses abusives en disposant que :"(1) Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion (...)".

[20] C'est en effet en 1991 après de longues années de préparation que le code civil du Québec (C.c. Q en abrégé) est adopté. Il n'entrera cependant en vigueur qu'en 1994. Il se substitue au Code civil du Bas Canada alors applicable au Québec depuis 1866. Sur le contexte de l'adoption du code civil du Québec, lire par ex. JOBIN (P. G.), La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec: Quelle modernité? Revue internationale de droit comparé, Vol. 52, N°1, Janvier-mars 2000, p. 49 et sv. DOI 10.3406/ridc2000.18137 http: //wwwpersee.fr/doc/ride_0035_0035_3337_2000_num_52_1_18137 document consulté le 05/06/16.

[21] MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale, préc.

[22] Certains auteurs ont estimé que l'introduction de la lésion entre majeurs dans le code civil aurait pu suffire en lieu et place d'une réglementation des contrats d'adhésion (En ce sens: PINEAU (J.), , BURMAN (D.) et GAUDEMET (S.),Théorie des obligations, Montréal, Thémis, 2001, cités par LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc., p. 442).

[23] JOBIN (P. G.), La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec: Quelle modernité? préc. Selon un autre auteur "cette intervention législative s'inscrivait dans la foulée de l'émergence d'une nouvelle philosophie contractuelle fondée sur l'idée de justice et mise au premier plan par la codification du principe de bonne foi" (LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, précité, p. 442).

[24] MOORE (B.), Les clauses abusives : Dix ans après, préc., p. 63.

portant réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve[25], ne fait pas, dans ce domaine, œuvre de pionnier. Pourtant, cette entrée du contrat d'adhésion dans le code civil, qui tranche par là-même le débat sur l'opportunité de la réglementation[26], représente une évolution voire une révolution[27]du droit français des contrats.

Le nouveau code civil français fournit, à travers les articles 1110, 1171 et 1190, des éléments pour l'élaboration d'un régime de droit commun du contrat d'adhésion. Aux termes du nouvel article 1110 C.civ.[28], le contrat d'adhésion est celui dont "les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties". Sitôt définis, les contrats d'adhésion ont fait l'objet de critiques[29] et de réserves.

A la suite du droit français et du droit québécois, le droit OHADA envisage également la réglementation du contrat d'adhésion dans le projet de réforme du droit des contrats.

---

[25] L'ordonnance est entrée en vigueur le 1er octobre 2016. Un auteur a relevé avec des propos forts intéressants, toute la charge symbolique que la réforme du code civil représente : " Dans un pays de droit écrit dont l'histoire contemporaine a été profondément marquée par le Code civil promulgué au début du XIXème siècle, le remplacement de la partie de cet instrument qui accueille les dispositions parmi les plus emblématiques, en même temps que les plus inhérentes au corpus juris civilis, est un évènement de première importance" (REVET (Th.), Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse), Revue des contrats, n°3, p. 627 et sv., ID: RDC113m0).

[26] MICHINEAU (M.), Incidence de la réforme du droit des contrats; bref aperçu en droit des sociétés, Partie 4: le contrat d'adhésion, lettre CREDA- Sociétés, n°2016-10; www.creda.cci-Paris-idf.fr.Voir cependant le Professeur WITZ qui émet des réserves sur la nécessité de réglementer les contrats d'adhésion (WITZ (Cl.), L'interprétation du contrat dans le projet de réforme des contrats, D. 2015, p. 2020 et sv. Selon cet auteur, le rôle du contrat d'adhésion devrait se limiter à une fonction explicative et "il ne paraît guère possible d'aller au-delà et de l'ériger en une catégorie particulière de contrat qui obéirait à un régime juridique distinct". Un autre auteur n'a pas hésité à qualifier le contrat d'adhésion de nouvelle figure du contrat (REVET (T.), Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 du code civil, D. 2016, p.1171 et sv.

[27] Selon un auteur, la réception du contrat d'adhésion emporte une " mutation profonde de (la) planète contractuelle" (REVET (Th.), Le nouveau discours contractuel, précité.).

[28] Qui fait partie, selon un auteur, de "L'épicentre (...) du nouveau discours contractuel", REVET (Th.), Le nouveau discours contractuel, préc. Voir aussi BOFFA (R.), Article 1108: le contrat d'adhésion, préc. pour qui il est "fondamental que la distinction contrat d'adhésion et contrat de gré à gré entre enfin dans le code civil.

[29] Ainsi, selon un auteur la définition n'est pas claire parce qu'elle suscite plusieurs interrogations par exemple sur la notion de condition générale (DESHAYES (O.), préc.). Pour d'autres, elle serait source de potentiel contentieux (BOURASSIN (M.), L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats, LPA 30/12/16n°261, p. 9 et sv.).

Intitulé projet d'acte uniforme sur le droit des contrats, le droit de la preuve et la prescription, le projet[30] présenté par la Fondation du droit continental et qui fait suite à un premier projet dit Projet Fontaine[31], s'inspire, pour une large part de la tradition juridique française[32] bien que les autres sources telles que les projets européens et les principes d'Unidroit ne soient pas absentes. C'est donc sans surprise que l'on y retrouve des notions du droit français parmi lesquelles le contrat d'adhésion. La définition du contrat d'adhésion donnée à l'article 26 diffère cependant de celle de l'article 1110 al. 2 C.civ. français précité. Aux termes de cet article, le contrat d'adhésion est " celui dont les conditions, soustraites à la discussion sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance".

On le constate donc, le contrat d'adhésion a, depuis quelques années déjà, été intégré dans diverses législations contemporaines ou est en voie de l'être. Il accède ainsi au rang de notion de droit commun. Pourtant, l'histoire de ce contrat n'est pas celle d'un long fleuve tranquille. Elle commence par quelques constats. Il y a d'abord le constat de

---

[30] L'OHADA a eu très tôt pour ambition de faire rentrer le droit des contrats dans le vaste projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique. La décision du Conseil des Ministres d'inclure le droit des contrats dans le champ de l'harmonisation remonte à 2001. Elle a été réitérée en 2010. Cette volonté d'extension a fait dire à un auteur que l'OHADA avait une ambition illimitée (ISSA SAYEGH (J.), L'extension du champ de l'OHADA, communication au colloque ARPEJE/IDEF, Porto-Novo, 3-5 mai 2004, www.ohada.com, ohadata D-04-03) alors que d'autres y voyaient un risque de dérive (POUGOUE (P. G.), KALIEU ELONGO (Y. R.), Introduction critique à l'OHADA, PUA, Collection droit uniforme, Yaoundé, p. 40 et sv.).

Sur le projet de droit OHADA des contrats, voir : AKAM AKAM (A.), L'harmonisation du droit des contrats en Afrique, propos introductifs, in Actes du colloque, Le droit OHADA, bilan et perspectives, Diplôme interuniversitaire Juriste OHADA, Petites affiches, n°192, 25 septembre 2015, p. 37 et sv., MODI KOKO BEBEY (H. D.), Les enjeux de l'harmonisation du droit des contrats en Afrique, Les petites affiches, préc., p. 45 et sv.; GHOZI (A.), GRIMALDI (C.), Esquisse d'un droit commun des contrats à partir des actes uniformes, Les petites affiches, préc., p. 49 et sv.; GRIMALDI (C.), Projet de texte Uniforme portant droit général des obligations de l'espace OHADA, D. 2016, p. 648; SOSSA (D.), Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA, JCP Ed. G., n°4, 25 janvier 2016, doctr, 101.

[31] Sur la présentation de ce projet, lire : FONTAINE (M.), L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble, Revue de droit uniforme, 2008, p. 203 et sv.). Sur les critiques suscitées par le projet, lire par ex. POUGOUE (P. G.), L'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire, inédit. Voir aussi, L'Harmonisation du droit OHADA des contrats, Colloque de Ouagadougou (Burkina Faso), 15- 17 novembre 2007, Compte rendu du colloque, Revue de droit uniforme 2008, p. 223 et sv.

[32] Ce qui constituait l'un des reproches fait au Projet Fontaine.

l'inaptitude du contrat - dans certaines circonstances - à traduire l'accord de volontés des parties tel que prôné par la conception classique. Il y a également le constat du caractère utopique de l'autonomie de la volonté[33] ou encore de la "vision mythique du contrat"[34] comme moyen d'expression de la liberté contractuelle et de l'égalité des parties. Quelle autonomie de la volonté lorsque les parties sont dans une situation économique ou juridique inégale[35]? Quelle liberté contractuelle lorsque l'un des contractants n'a la possibilité que de prendre ou de laisser le contrat proposé par l'autre?

Dès lors, on peut se demander si la prise en compte des contrats d'adhésion par le droit commun traduit, comme le pensent de nombreux auteurs, une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté voire une atteinte à la liberté contractuelle[36] et un affaiblissement ou une transformation du contrat[37]. A l'inverse, la réglementation du contrat d'adhésion n'est-elle pas plutôt une réponse à certaines préoccupations contemporaines du contrat au rang desquelles la recherche d'une plus grande protection des contractants ou encore le souci d'assurer en permanence l'équilibre du contrat?

Il faut admettre qu'à la suite des diverses législations spéciales, la reconnaissance du contrat d'adhésion en droit commun apporte une réponse, quoiqu'insuffisante, aux problèmes que pose cette catégorie de contrats. Mais, en ce que les contrats d'adhésion constituent de plus en plus une pratique contractuelle de masse[38], c'est en réalité une

---

[33] Sur les fondements, les manifestations mais aussi les limites de ce principe, lire entre autres : MIKADA MONEBOULOU, La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle, Juridical tribune, vol. 4, Issue 1, june 2014, p. 88 et sv.

[34] MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale..., précitée, p. 179.

[35] En effet, " La différence de puissance économique rend souvent illusoire la négociation ; le plus faible est souvent contraint d'en passer par les conditions qui lui sont imposées..." (BENABENT (A.), Droit civil Les obligations, 6ème éd., Montchrestien, 1997, p.18).

[36] En ce sens : GRIMALDI (C.), Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, Petites affiches 27 /10/2016, n°215, p. 6, wwwlextenso.fr consulté le 14/11/16).

[37] MOORE (B), A la recherche d'une règle générale..., préc.

[38] GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.M.), Traité de droit civil La Formation du contrat, 2013, Tome 1 : Le contrat – Le consentement, 4ème Ed., LGDJ Lextenso édition, n°689.

réponse à de nombreux contrats que la réglementation contemporaine des contrats apporte. De nombreuses fonctions sont ainsi assignées par les législations contemporaines au contrat d'adhésion (II). Elle ne serait donc pas selon les propos d'un auteur, une notion non constructive. Mais, pour qu'il assume pleinement ces fonctions, encore faudrait-il que le contrat d'adhésion fasse l'objet d'une commune compréhension. A l'observation, on constate que les critères de qualification du contrat d'adhésion sont convergents dans les différentes législations (I).

I/ La convergence des critères de qualification du contrat d'adhésion dans les législations contemporaines

La réception du contrat d'adhésion[39] permet d'abord, comme le relève pertinemment un auteur, de "mieux faire correspondre les textes écrits avec la réalité positive du droit (...), d'ancrer dans le code civil des solutions qui se sont développées entre ses lignes espacées voire à l'encontre de sa règle parfois dépassée"[40]. Elle est ensuite et surtout rendue nécessaire par l'exigence de donner une définition[41], un contenu précis et uniforme à la notion. Aussi, plus que l'opportunité ou la nécessité de la réglementation, la démarche législative de réception du contrat d'adhésion devait surtout faire le choix du contenu de la notion[42].

---

[39] Au-delà du contrat d'adhésion, c'est en réalité la distinction contrat d'adhésion et contrat de gré à gré qui trouve ainsi une place dans le droit commun aux côtés des autres distinctions. Un auteur la considère comme la distinction la plus importante, la summa divisio en ce qu'elle touche à un élément essentiel du contrat qui est la question de l'autonomie de la volonté (REVET (T.), Une philosophie générale, préc.).

[40] DESHAYES (O.), La formation des contrats, Revue des contrats, Hors Série, précitée, p. 21 et sv.

[41] Des auteurs n'avaient pas hésité à affirmer que le concept de contrat d'adhésion était indéterminable. Ex. MOORE (B.) A la recherche d'une règle générale ..., préc.; CARBONNIER (J.), Droit civil Les obligations, T.4, 21ème éd., PUF, Paris, 2000, p. 89.

[42] Comme l'a relevé un auteur: "Définir le contrat d'adhésion n'est pas un enjeu purement intellectuel mais un enjeu pratique de tout premier ordre" (MEKKI (M.), Fiche pratique sur le contrat d'adhésion, Gaz. Pal, 22 mars 2016, n°12, page 16).

A partir des définitions qui dégagent de nombreuses similarités, on note une certaine convergence des critères de qualification. Tout en rejetant une qualification du contrat d'adhésion fondée sur des critères subjectifs (A), les législations contemporaines promeuvent une appréciation objective du contrat d'adhésion (B).

A- Le rejet d'une qualification fondée sur les critères subjectifs

Le contrat d'adhésion, à l'origine et même encore aujourd'hui[43], est perçu, à première vue, comme un contrat déséquilibré offrant au stipulant un moyen d'abuser de la faiblesse du contractant qui adhère au contrat. Aussi, certains auteurs ont parfois défini le contrat d'adhésion à partir de critères tenant à la qualité des parties[44] et que l'on peut qualifier de subjectifs. Les législations contemporaines, allant parfois à contrecourant de cette approche ne définissent pas le contrat d'adhésion par la qualité des parties. Elles refusent notamment de prendre en compte l'inégalité des contractants comme critère de qualification (1). Ce rejet des critères subjectifs permet de préciser le domaine du contrat d'adhésion (2).

1. La négation de l'inégalité des parties comme critère du contrat d'adhésion

L'inégalité des parties à un contrat, qu'elle soit économique, financière ou juridique, ou qu'elle soit justifiée par la faiblesse ou l'ignorance, n'est pas un élément de la définition légale du contrat d'adhésion. Ne sont donc pas pris en compte, pour la qualification du contrat d'adhésion, la situation de dépendance ou d'inégalité entre les contractants qui constituent des éléments subjectifs[45].

L'inégalité des parties lorsqu'elle existe et quel qu'en soit le motif est cependant une situation de fait qui vient très souvent au soutien de la qualification du contrat d'adhésion.

---

[43] GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y. M.), Traité de droit civil La Formation du contrat, 2013, Tome 1 : Le contrat – Le consentement, préc., n°695 pour qui « Cette situation de déséquilibre dans le rapport de forces contractuelles est presque consubstantielle au contrat d'adhésion ».

[44] MOORE (B.), A la recherche de la règle générale... , préc. Pour cet auteur, les critères généralement retenus sont : l'imposition du contrat, l'impossibilité de négociation, l'inégalité des forces tant techniques qu'économiques, la rédaction unilatérale du contrat.

[45] GUILLEMARD (S.) et ONGUENE ONANA (D. E.), Le contrat d'adhésion, préc. not. p. 639 ; LEBFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc.

La puissance ou la supériorité économique en ce qu'elle modifie les rapports entre les parties doit être considérée surtout comme une cause de l'absence de négociation et non comme un élément qui caractérise cette absence de négociation[46]. Comme l'affirme un auteur," Celui qui se trouve en position de force dans une opération économique, tend (...) naturellement à imposer à l'autre une situation injuste"[47]. Pourtant, le législateur de faire de la qualité des parties ou du type de contrat un critère du contrat d'adhésion.

Cette position de la loi - parfois rappelée par la jurisprudence[48] - n'est pas toujours partagée par la doctrine. Elle va parfois à contrecourant de certaines positions doctrinales suivant lesquelles le contrat d'adhésion ne saurait être apprécié sans que soit prise en compte la situation d'inégalité des contractants. En effet, faute de définition légale, de nombreux auteurs avaient fait de l'inégalité des parties un critère de qualification des contrats d'adhésion[49]. Celui-ci était alors défini à partir de la puissance ou de la faiblesse de l'une des parties au contrat en prenant ainsi en compte les rapports de force entre elles. Le

---

[46] Critiquant certains auteurs qui ont justement fait de la supériorité économique un critère du contrat d'adhésion, un auteur affirme que : « la supériorité économique (ou technique) de l'offrant n'est que la cause de l'absence de négociation, critère principal d'identification » (CHENEDE (F.), Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1ère Partie), Revue des contrats,01/01/2012, n°1, p.24 et sv.

[47] TESTU (F. X.), Le juge et le contrat d'adhésion, préc. n°8.

[48] Voir par ex. en droit québécois, Affaire Régie d'assainissement des eaux du Bassin de la Prairie C. Janin Construction (1983), Itée, [1999], R.J.Q, 929 (C.A) plus connue sous le nom de Affaire JANIN citée par LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc. Il s'agit d'une décision importante qui a pourtant divisé la doctrine québécoise. Les juges français décident également que « le seul fait qu'un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion ne suffit pas à démontrer que telle ou telle clause particulière a été imposée par un abus de puissance économique » (Civ. 1, 12 mars 2002, Bull. civ I, n°92, RTD Com. 2002, p.716, obs. BOULOC (B.) ; Civ.1, 1er février 2005, n°03-18795 cité par GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y. M.), Traité de droit civil La Formation du contrat, 2013, Tome 1 : Le contrat – Le consentement, préc., n°697.

[49] MOORE (B.), A la recherche de la règle générale..., préc. Pour cet auteur, les critères généralement retenus sont : l'imposition du contrat, l'impossibilité de négociation, l'inégalité des forces tant techniques qu'économiques, la rédaction unilatérale du contrat. Adde : LEMIEUX (M.), Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, préc. pour qui l'inégalité des contractants doit être considérée comme l'un des critères principaux du contrat d'adhésion ; TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) Droit civil Les obligations, 2013, 11ème éd., p. 92, n°73 qui parlent de « l'adhésion de la partie économiquement faible au projet prérédigé par la partie forte ».

législateur était parfois allé dans ce sens. Par exemple, sous l'ancien code civil québécois, le déséquilibre des contractants était l'élément déterminant du contrat d'adhésion[50].

Si « (le droit) n'empêche pas (...) des parties très inégales sur le plan de l'expérience, de la puissance économique et autre de contracter ensemble (...). Il réserve cependant un droit de regard particulièrement attentif envers ces unions déséquilibrées, entre un fort et un faible ou un vulnérable »[51]. C'est pourquoi la protection de la partie faible dans les rapports contractuels fait l'objet d'une attention particulière à travers de nombreuses législations spéciales[52] à l'exemple de la législation consumériste.

Le contrat d'adhésion n'est pas légalement défini comme un contrat structurellement déséquilibré. Il en résulte une délimitation possible de son domaine.

2. Les conséquences quant à la délimitation du domaine des contrats d'adhésion

La qualité des parties, l'inégalité entre les contractants, n'étant pas un critère déterminant de la qualification du contrat d'adhésion, il en résulte que le contrat d'adhésion doit être distingué du contrat de consommation (a). Ce refus de prendre en compte la qualité des parties permet également l'extension de la catégorie des contrats d'adhésion aux contrats d'affaires conclus entre professionnels (b).

a) La distinction du contrat d'adhésion et du contrat de consommation

La place du contrat d'adhésion dans le code civil ou dans le projet d'acte uniforme OHADA et non dans le code de la consommation ou autre législation spéciale traduit, à elle seule, la volonté des législateurs d'en faire un contrat de droit commun distinct du contrat de consommation et ce, en dépit de la confusion parfois entretenue entre les deux contrats.

Historiquement, la confusion entre le contrat d'adhésion et le contrat de consommation s'explique. Le phénomène des contrats d'adhésion est né à l'origine et s'est

---

[50] LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc., p. 446.

[51] GUILLEMARD et ONGUENE ONANA, préc., p. 648-649.Adde REVET (T.), Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, D. 2015, p.1217 et sv.

[52] GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX VAN MELLE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge, Bibliothèque de droit privé, T. 261, LGDJ, 1996.

véritablement révélé et amplifié avec le développement des contrats de consommation[53]. La lutte contre les clauses abusives qui constitue le cheval de bataille des contrats d'adhésion, trouve toute son expression principalement dans les contrats de consommation. Partant de là, la doctrine, et dans une certaine mesure la jurisprudence, ont contribué à entretenir une certaine confusion entre les contrats de consommation qui comportent généralement des clauses abusives et les contrats d'adhésion. Aujourd'hui encore, de nombreux contrats de consommation sont définis simplement par référence à leurs conditions de formation, comme des contrats d'adhésion.

Pourtant, la distinction peut et doit être établie entre le contrat d'adhésion et le contrat de consommation.

En dépit de l'utilisation fréquente de l'expression, le contrat de consommation est rarement défini par la doctrine. Et lorsqu'il est défini, le contrat de consommation l'est généralement à partir de la qualité des parties que sont le professionnel et le consommateur et parfois le non professionnel[54]. La définition suivante peut être retenue : le contrat de consommation est une convention conclue entre un professionnel et un consommateur ou un non professionnel en vue de fournir un bien ou d'accomplir une prestation de service en échange d'un paiement[55]. Les définitions légales sont également relativement rares. En droit français, il n'existe pas de définition légale du contrat de consommation contrairement au droit québécois où l'article 1384 C.c.Q. définit le contrat de consommation. Il s'agit, au terme de cette disposition du contrat " dont le champ d'application est limité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel

---

[53] MEKKI (M.), Fiche pratique sur le contrat d'adhésion, Gaz. Pal, 22 mars 2016, n°12, p.16 qui relève parlant de la genèse du contrat d'adhésion que : 'A l'époque, le contrat d'adhésion a donc un champ d'application qui paraît restreint aux seuls rapports entre professionnels et non professionnels. On comprend donc, du moins à l'époque, qu'il paraît totalement incongru d'appliquer la qualification et le régime du contrat d'adhésion au-delà des seuls contrats impliquant un consommateur".

[54] Si la distinction entre le consommateur et le non professionnel est restée longtemps assez floue, elle est désormais plus nette. La notion de non professionnel fait désormais l'objet d'une définition à part et surtout à part entière (LOISEAU, A la rencontre du non professionnel, D. 2016, p.1844 et sv.).

[55] Voir « Le contrat de consommation - Réviser le cours - Droit - Première STMG » [archive] (consulté le 27 décembre2016)..

l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens et des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens et services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite"[56].

Par contre, la qualité des parties - professionnel, consommateur ou autre - n'est pas un élément de définition et partant de qualification du contrat d'adhésion. Ni la législation québécoise, ni la législation française et encore moins le projet d'AUC sur les contrats ne se réfèrent à la qualité des parties pour conclure à la qualification du contrat d'adhésion. Ce qui est pris en compte c'est le mode de formation, le processus de conclusion du contrat[57]. Toutefois, la qualité des parties facilitera parfois la détermination du caractère d'adhésion d'un contrat.

Mais, dans la pratique, cette construction théorique cache mal les rapports très étroits entretenus entre le contrat d'adhésion et le contrat de consommation[58].

b) L'extension de la catégorie du contrat d'adhésion aux contrats conclus entre professionnels

Il s'induit de la définition donnée du contrat d'adhésion tant en droit québécois qu'en droit français et dans le projet d'AUC[59] que le contrat d'adhésion est désormais une

---

[56]Cette définition figure assez curieusement dans le code civil alors qu'il existe une loi datant de 1978 sur la protection des consommateurs. En choisissant d'insérer le contrat de consommation dans le code civil et en lui attribuant le même régime que le contrat d'adhésion, les rédacteurs du code civil québécois ne contribuent pas véritablement à simplifier la distinction. Il y a manifestement une interférence, une imbrication presque inévitable entre les deux catégories de contrats (LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc. qui affirme que " les tribunaux cherchent rarement à qualifier le contrat de contrat de consommation"). La plupart des contrats de consommation peuvent être qualifiés de contrats d'adhésion au regard de la définition des contrats d'adhésion. On peut dès lors se demander quel était le but recherché par le législateur en insérant à la fois le contrat d'adhésion et le contrat de consommation dans le code civil d'autant plus qu'ils sont soumis au même régime. Ceci a amené un auteur à s'interroger sur l'avenir du contrat de consommation en droit québécois (MOORE (B.), Sur l'avenir incertain du contrat de consommation, Les cahiers du droit, vol. 49, n°1, mars 2008, p. 5 et sv.

[57] Une partie de la doctrine est d'ailleurs dans ce sens. Par ex. Terré (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) Droit civil Les obligations, 2013, 11ème éd., p. 92, n°73. Pour ces auteurs, on entend par contrat d'adhésion les « contrats dont la conclusion résulte, non d'une libre discussion comme le voulait la conception classique, mais de l'adhésion de la partie économiquement faible au projet prérédigé par la partie forte ».

[58] Pour le cas spécifique du droit québécois, lire MOORE (B.), Sur l'avenir incertain du contrat de consommation, préc.

catégorie générique, une catégorie de droit commun dans laquelle peut entrer tout contrat. L'un des principaux intérêts de la reconnaissance du contrat d'adhésion en droit commun n'est-il pas justement d'étendre le régime propre à ce contrat à tous les contrats susceptibles de répondre à la définition légale? Partant de là, les contrats conclus entre professionnels[60] sont désormais soumis, lorsqu'ils en remplissent les conditions, au régime des contrats d'adhésion au même titre que les contrats conclus entre professionnels et consommateurs[61]. Le contrat d'adhésion pourra être ainsi appréhendé et sanctionné dans des domaines variés impliquant les professionnels tels que celui des contrats bancaires, des assurances, des contrats de distribution, du bail professionnel, du cautionnement, de crédit-bail, ou encore de contrat de construction pour ne citer que ceux-là.

L'indifférence de la qualité des parties dans la qualification du contrat d'adhésion permet donc de prendre en compte une réalité juridique à laquelle de nombreux professionnels avaient dû se soumettre sans bénéficier d'une quelconque protection spécifique. Si la jurisprudence s'est parfois prononcée clairement en faveur de la reconnaissance des contrats d'adhésion conclus entre entreprises[62], la doctrine, pendant longtemps, a eu des vues divergentes[63] sur la question. Désormais, les contrats conclus entre professionnels[64] - encore appelés contrats commerciaux ou contrat d'affaires, considérés

---

[59] Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (Il s'agit bien du projet qui est en cours).

[60] Encore appelés B to B contracts c'est-à-dire Business to Business. Il en serait de même normalement pour les contrats conclus entre les particuliers. On parle de « consumer to consumer contracts » ou de « C to C contract »s. Au rang de ceux-ci, on cite par exemple les contrats liés à l'économie collaborative qui se développent de plus en plus.

[61] Que certains appellent en empruntant le langage économique les relations B to C (Business to Consumer contracts).

[62] Voir par exemple en droit québécois, l'affaire *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie* c. *Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).

[63] Par ex. JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.), (Dir.), Les clauses abusives entre professionnels, Paris, Economica, 1998. Pour une synthèse des différentes positions, lire aussi GUILLEMARD et ONGUENE ONANA, préc., p. 650 - 651.

[64] Peu importe, selon nous, que la notion de professionnel soit appréhendée suivant une conception extensive ou restrictive.

jusqu'à présent comme uniquement des contrats de gré à gré peuvent être, au regard de leurs conditions de formation être qualifiés de contrats d'adhésion[65].

Il convient cependant de s'abstenir de voir en cela une assimilation des professionnels aux consommateurs, encore moins une tentative d'effacement de la distinction savamment et patiemment construite entre professionnels et consommateurs. Il ne s'agit que de tirer les conséquences du refus de l'appréciation subjective du contrat d'adhésion. Autrement dit, dès lors que les critères objectifs de qualification sont réunis, peu importe, pour l'application du régime de contrat d'adhésion, la qualité des parties au contrat. Mais, on ne peut pas nier qu'à terme, la distinction consommateur et professionnel pourrait perdre une partie de son intérêt faute d'enjeu. L'un des intérêts de la distinction n'était-il pas, à l'origine, de refuser au professionnel les protections qui étaient accordées au consommateur en cette qualité? Devant ce qui a pu apparaître comme une injustice, divers palliatifs avaient été développés soit pour donner à la notion de consommateur une interprétation large permettant d'y inclure certains professionnels - qui pouvaient alors se prévaloir des règles de protection propres au consommateur stricto sensu, soit pour reconnaître l'inégalité qui pouvait exister dans les relations entre les professionnels et y apporter des solutions qui n'étaient pas finalement loin de celles prévues pour les consommateurs[66].

S'ils rejettent les critères subjectifs pour le qualifier, c'est parce que les différentes législations fondent la définition du contrat d'adhésion sur des critères objectifs.

c) La reconnaissance d'une qualification fondée sur les critères objectifs

Malgré les différences de formulation, il ressort des définitions proposées que la qualification du contrat d'adhésion repose sur des critères objectifs[67] également qualifiés de

---

[65] ANTIPPAS (J.), Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats : Réflexion sur l'identité contractuelle française, AJDA 2016, p.1620.

[66] VIRASSAMY (G.), Les relations entre professionnels en droit français, in GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX VAN MELLE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge, Bibliothèque de droit privé, T. 261, LGDJ, 1996, p. 479 et sv.

[67] On peut reprocher aux auteurs de la réforme de n'avoir pas pris en compte les critères subjectifs dans la définition du contrat d'adhésion dès lors que l'un des objectifs assignés à la réforme était d'assurer la

critères formels[68]. Ces critères, qui s'inspirent quelque peu de la définition du contrat d'adhésion donnée par BERLIOZ[69], renvoient en droit français et en droit OHADA à l'absence de négociation des clauses contractuelles et à la détermination unilatérale et préalable du contenu du contrat. En droit québécois, ces critères correspondent à l'imposition des stipulations essentielles et à l'impossibilité de négocier le contrat.

1. Le critère de l'absence de négociation et de la détermination unilatérale du contenu du contrat en droit français et OHADA

L'article 1110 C.civ. français et l'article 26 du projet AUC ont en commun de définir le contrat d'adhésion à partir de deux critères cumulatifs que sont l'absence de négociation ou de discussion du contrat et la détermination unilatérale et préalable du contenu du contrat[70].

a) L'absence de négociation du contenu du contrat

A l'opposé du contrat de gré à gré encore appelé contrat négocié, le contrat d'adhésion est celui qui échappe à toute négociation. Bien qu'exprimé avec quelques nuances d'une législation à l'autre, ce critère constitue le critère principal[71]. Le contenu du contrat renvoie soit aux conditions générales dans le code civil français soit aux conditions du contrat dans le projet d'AUC.

---

protection des parties faibles au contrat. Certains auteurs, ont d'ailleurs estimé à ce propos que (la) protection de la partie faible (...) relève plus du slogan que de la démonstration étayée (REVET (Th.), Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse), préc., p.4). Mais on peut objecter en disant que la prise en compte de la partie faible apparaît non pas dans la notion de contrat d'adhésion elle-même, mais plutôt dans les effets qui sont attachés à la reconnaissance ce contrat en particulier la protection des adhérents contre les clauses du contrat qui sont source de déséquilibre significatif (voir infra IIème partie).

[68] MEKKI (M.), Fiche pratique sur le contrat d'adhésion, préc.

[69] Pour cet auteur, le contrat d'adhésion peut se définir à partir d e son contenu comme celui dont "le contenu contractuel est fixé totalement ou partiellement, de façon générale avant par la période contractuelle par l'une des parties ou un tiers" (BERLIOZ (G.), Le contrat d'adhésion, Bibliothèque de droit privé, Tome 132, LGDJ, Paris, 1973, p.27).

[70] Pour une présentation détaillée des critères du contrat d'adhésion en droit français, lire REVET (T.), Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, D. 2016, p. 1771 et sv; LAGARDE (X.), Questions autour de l'article 1171 du code civil, D. 2016, p. 2174 et sv.

[71] Dans le même sens, MEKKI (M.), Fiche pratique sur le contrat d'adhésion, préc.; BERLIOZ (G.), Le contrat d'adhésion, préc.

α. Contenu du contrat et conditions générales dans le nouvel article 1110 C.civ. français.

Habituellement définie comme " l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion des contrats individuels dans lesquelles elles sont destinées à s'intégrer" ou encore comme " les clauses prérédigées des contrats conclus par une personne avec une série d'autres personnes"[72], la notion de conditions générales telle qu'utilisée dans le contrat d'adhésion aurait un contenu différent. Elle devrait être entendue comme le contenu du contrat ou encore comme les stipulations essentielles[73]. Dans tous les cas, les conditions générales ne peuvent renvoyer à tout le contenu du contrat. Y sont exclus, les éléments tels que le prix et l'objet principal qui constituent des éléments ne pouvant être appréciés par le juge. Par contre, peuvent y être inclues toutes les autres clauses à l'instar des clauses relatives à la durée ou encore de celles relatives à la responsabilité.

Ces conditions générales doivent être soustraites à la négociation. Considérée comme la condition essentielle selon certains auteurs[74], l'absence de négociation reflète véritablement l'idée d'adhésion qui est sous-entendue dans le contrat d'adhésion. Elle signifie qu' "une partie adhère au contenu du contrat proposé par l'autre, sans négociation possible"[75]. Ce qui caractérise un contrat d'adhésion est finalement que "ses clauses n'étaient pas négociables"[76]. L'adhérent au contrat doit avoir été, au cours de la négociation et au regard des conditions entourant cette négociation, dans l'impossibilité de négocier, de

---

[72] CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), Droit de la consommation, préc., n°162.

[73] L'expression conditions générales remplace celle de stipulations essentielles qui figurait dans le projet de réforme (CHENEDE (F.), Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, JCP 2016, 776). A titre de comparaison, c'est l'expression stipulations essentielles qui est retenue par le droit québécois. Il est vrai que la notion de stipulations essentielles n'est pas non plus à l'abri de critiques

[74] GRIMALDI (C.), Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, Petites affiches 27 /10/2016, n°215, p.6, wwwlextenso.fr consulté le 14/11/16 ; REVET (Th.), Les critères du contrat d'adhésion, préc.

[75] GRIMALDI (C.), Les limites à la libre détermination du contenu du contrat..., préc.

[76] Ibid.

discuter le contenu du contrat. L'absence de négociation à elle seule ne suffit donc pas. Pas plus que la possibilité de négociation partielle qui pourrait être offerte au cocontractant.

La preuve de l'impossibilité de négocier doit être rapportée par l'adhérent. Cette preuve variera en fonction des circonstances ayant entouré la conclusion de chaque contrat. Il peut s'agir des circonstances sociales ou économiques. L'existence d'un contrat prérédigé - et dans une certaine mesure d'un contrat type - sans être constitutive de l'existence d'un contrat d'adhésion, facilitera, dans certains cas, la preuve de l'absence de négociations.

En lieu et place des conditions générales, le droit OHADA utilise l'expression de conditions du contrat tout simplement.

β. Contenu du contrat et conditions du contrat en droit OHADA

Il ressort de l'article 26 précité du projet d'AUC que: " Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions, soustraites à la discussion sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avaient unilatéralement déterminées à l'avance. Néanmoins, les parties peuvent lui adjoindre des conditions particulières soumises à négociation". Cette définition n'est que la reprise de celle qui figurait dans l'article 1102-05 de l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations en France et qui été reproduite par l'article 10 du Projet de la chancellerie.

L'absence de discussion des conditions du contrat postule que l'une des parties, l'adhérent, n'a pas été mis en mesure de discuter, sur un pied d'égalité, les clauses du contrat proposées par le stipulant. Comme en droit français et en l'absence de précision, le débat n'est pas tranché sur la question de savoir s'il faut prendre en compte les seules conditions essentielles. Autrement dit, faut-il distinguer entre les conditions générales et les conditions particulières? Il est vrai que l'article 26 in fine prévoit que les parties peuvent adjoindre aux conditions générales, des conditions particulières soumises à négociation. Ceci amène à conclure que l'absence de discussion des seules conditions générales, à l'exclusion des conditions particulières est prise en compte dans l'appréciation du caractère d'adhésion du contrat.

b) La détermination unilatérale et préalable du contenu du contrat

Le critère de la détermination unilatérale et à l'avance des conditions du contrat par l'une des parties tel que prévu par l'article 26 du projet AUC rejoint le même critère que l'on retrouve dans la définition donnée par l'article 1110 C.civ. français précité.

Considéré parfois comme une condition mineure ou simplement inutile[77], la détermination unilatérale et préalable traduit l'idée que dans le contrat d'adhésion, le contenu du contrat n'est pas le fruit de l'accord de volontés du stipulant et de l'adhérent. Quand bien même celui-ci aurait donné son consentement au contrat, il n'a pas consenti à toutes les clauses. Le rôle de la volonté dans la formation du contrat d'adhésion est donc limité.

Une conception restrictive de la notion de détermination unilatérale impose d'exclure de la catégorie des contrats d'adhésion les contrats dans lesquels les conditions générales sont imposées par un tiers. Celui-ci peut être une autorité administrative ou réglementaire. Par contre, si le tiers est une instance professionnelle à laquelle appartient le stipulant qui a proposé le contrat, la doctrine est d'avis que le contrat rentre dans la catégorie des contrats d'adhésion[78].

2. Le critère de l'imposition des stipulations essentielles et de l'impossibilité de négocier en droit québécois

L'article 1379 C.c.Q précité dispose que "Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées"[79]. Ainsi défini, il s'oppose au contrat de gré à gré - ou contrat de négociation[80] - que le code ne définit pas puisque l'article 1379 in fine prévoit tout

---

[77] Un auteur y voit plus un indice de l'impossibilité de négociation qu'une véritable condition (REVET (T.), Les critères du contrat d'adhésion, préc.).

[78] REVET (T.), Les critères du contrat d'adhésion, préc.

[79] La doctrine, tout en saluant cette définition, n'a pas manqué d'émettre des réserves et parfois de faire de vives critiques. Certains lui reprochent par exemple de ne pas prendre en compte l'inégalité des contractants. En ce sens : LEMIEUX (M.), Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, préc.

[80] Il y aurait entre ces deux catégories les contrats hybrides qui sont ceux dans lesquels certaines clauses sont imposées et d'autres négociées (MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale, préc., p. 14).

simplement que tout contrat qui n'est pas de gré à gré est d'adhésion. Le contrat d'adhésion se reconnaît par l'imposition du contenu du contrat par l'une des parties et l'impossibilité de négocier le contrat.

a) L'imposition des stipulations essentielles par l'une des parties

Selon le droit québécois, pour qu'il y ait contrat d'adhésion, les stipulations essentielles du contrat doivent avoir été imposées. Au cœur de ce critère se trouve la notion de stipulation essentielle. Pour un auteur, « Le mot stipulation doit être entendu dans le sens large de clause contractuelle »[81]. Les stipulations essentielles sont entendues comme les clauses essentielles du contrat et non comme le contrat entier ou les seuls éléments essentiels du contrat. Au rang de celles-ci, on peut citer le prix, la durée du contrat, les clauses exonératoires de responsabilité, etc. Mais l'élément essentiel à prendre finalement en considération peut varier d'un contrat à l'autre. Le caractère essentiel doit donc être apprécié en tenant compte de l'économie de chaque contrat. Par exemple, dans un contrat de travail, une clause est qualifiée d'essentielle lorsque le salarié qui ne l'accepte pas n'est pas embauché par l'employeur[82]. Dans tous les cas, la preuve du caractère essentiel d'une stipulation doit être rapportée par celui qui l'invoque.

Ces stipulations doivent être imposées au cocontractant. Sont équivalents à l'imposition des stipulations essentielles, la rédaction unilatérale du contrat par l'une des parties ou par un tiers pour le compte de l'une des parties ou selon ses instructions. Le contrat sera alors d'adhésion quand bien même il n'est pas imposé lorsque les stipulations essentielles ont été rédigées unilatéralement par l'une des parties ou rédigées par un tiers pour le compte de cette partie ou selon ses instructions. Se pose alors le problème du contrat type[83]. A la faveur de la standardisation des contrats, la pratique des contrats types s'est développée. D'aucuns ont vite fait de les assimiler aux contrats d'adhésion. Tel que

[81] LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, op. cit.

[82] Exemple cité par LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, op.cit.

[83] Il convient de préciser que pour certains contrats types, le contenu prédéfini est imposé non par le cocontractant mais par le législateur ou le pouvoir réglementaire à travers des dispositions impératives.

rédigé, l'article 1379 semble justifier cette assimilation lorsqu'il admet qu'un contrat peut être d'adhésion lorsque les clauses ont été rédigées par un tiers.

Mais, l'assimilation contrat d'adhésion et contrat type est limitée. La rédaction unilatérale de la clause ne suffit pas. Pour que le contrat soit qualifié d'adhésion, il faut, en plus de la rédaction unilatérale que la clause ait été imposée. Or, le contrat type dont les clauses sont généralement imprimées, n'exclut pas totalement la possibilité de négociation.

b) L'impossibilité de négocier le contrat

Certains auteurs ont qualifié ce critère de fondamental[84]. Il signifie que pour qu'il y ait contrat d'adhésion, l'une des parties ne doit pas avoir été en mesure de négocier librement parce que cette faculté ne lui était pas offerte, le stipulant n'étant pas ouvert à la possibilité de négocier les termes essentiels du contrat. Autrement dit, " le contenu du contrat doit être déterminé et imposé par l'un des contractants"[85]. Comme le dit Madame Lefebvre reprenant en cela la juge Rousseau « la spécificité du contrat d'adhésion réside non point dans l'absence volontaire de négociation, mais plutôt dans l'absence de la faculté de négocier librement les stipulations essentielles du contrat »[86]. Peu importe que les clauses aient été expliquées. Pour autant, le contrat d'adhésion ne s'identifie pas, en droit québécois, au contrat type comme précédemment dit. Non seulement le contrat type peut faire l'objet de négociation[87] mais également il peut avoir été imposé aux parties par la loi, une autorité administrative ou encore une association professionnelle.

Parce que l'appréciation de l'impossibilité de négocier ne saurait se faire autrement qu'au cas par cas et donc in concreto, il faudra prouver, dans chaque espèce donnée, qu'il y a eu effectivement absence de négociation. La preuve appartiendra à celui des contractants

---

[84] MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale..., préc., p. 16.

[85] LEFEBVRE (B.), préc., p.448.

[86] LEFEBVRE (B.), préc., p. 446.

[87] Ce qui se traduirait par une modification ou un ajout de clause au contrat imprimé.

qui l'invoque l'absence de négociation[88]. Et suivant les cas, l'impossibilité de négociation sera ou non admise. Les juges décident par exemple que l'impossibilité de négocier n'est pas prouvée lorsque le contractant était assisté de plusieurs professionnels lors de la signature du contrat[89].

Une fois qualifiée, la catégorie des contrats d'adhésion est appelée à jouer de multiples rôles en droit des contrats.

II/ La pluralité des fonctions assignées au contrat d'adhésion dans les législations contemporaines

Les partisans du contrat d'adhésion ont tous défendu l'idée que cette catégorie de contrat devait bénéficier d'une "attention particulière"[90]. La reconnaissance légale n'est donc qu'une étape dans le processus de mise en place d'un régime propre en dépit des réticences de quelques auteurs[91]. Il s'agit, à travers des dispositions spécifiques de "contrôler les abus qui peuvent influencer le contenu du contrat"[92] d'autant plus que dans le contrat d'adhésion, l'une des parties ne participe pas pleinement à la détermination de ce contenu. En même temps qu'elle contribue au contrôle du contenu des contrats (A), la reconnaissance du contrat d'adhésion en droit commun joue aussi un rôle régulateur en contribuant à la préservation de l'équilibre contractuel (B).

A) Le contrat d'adhésion et le contrôle du contenu contractuel

S'il est vrai que " Qui dit contrat d'adhésion ne dit pas nécessairement abus"[93], il est aussi vrai que de nombreux contrats d'adhésion sont souvent abusifs. L'abus ne vient pas de

---

[88] LLUELLES (D), La révision du contrat en droit québécois, Revue générale de droit, vol. 36, n°1, 2006, p. 25 et sv.

[89] Affaire Mathieu c. Rénald Mathieu citée par LEBEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc., note 12.

[90] TEXTU (F.), Le juge et le contrat d'adhésion, préc. Pour cet auteur, on ne saurait nier " la spécificité juridique du phénomène".

[91] Pour certains auteurs, le régime du contrat d'adhésion en droit commun est inexistant ou embryonnaire. En ce sens : BOFFA (R.), Article 1108 : le contrat d'adhésion, préc. ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.M.), Traité de droit civil La formation du contrat, préc., p. 501, n°695.

[92] LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, précité, p. 442.

[93] LEBEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, précitée, p. 441.

la simple adhésion à un contrat non négocié dès lors que la négociation n'est pas une caractéristique du contrat et que l'absence de négociation n'invalide pas à elle seule un contrat pour lequel le consentement a été régulièrement donné. Pourtant, les clauses des contrats d'adhésion doivent " passer avec succès l'épreuve ultérieure, de la vérification de leur non contradiction manifeste ou de leur conformité suffisante à celui des contractants qui ne les a pas rédigées et encore moins imposées"[94]. On comprend donc pourquoi les législations française et québécoise ainsi que le projet OHADA sanctionnent les clauses abusives contenues dans ces contrats. A travers la réglementation des contrats d'adhésion en droit commun, il s'agit donc de renforcer et surtout d'étendre la lutte contre les clauses abusives dans les contrats (1). La sanction des clauses externes, illisibles et incompréhensibles des contrats d'adhésion en droit québécois participe également de ce renforcement du contrôle du contenu des contrats (2).

1. L'insertion des contrats d'adhésion en droit commun : un moyen d'élargissement de la lutte contre les clauses abusives

La sanction des clauses abusives dans les contrats a précédé l'insertion des contrats d'adhésion dans le droit commun des contrats. Depuis plusieurs années en effet, de nombreux pays tant civilistes[95] qu'anglo-saxons[96] essayent d'éradiquer les clauses abusives dans les contrats et particulièrement dans les contrats de consommation[97].

---

[94] REVET (T.), Une philosophie générale, préc., p.5.

[95] On peut citer entre autres pays l'Allemagne, la Suisse, les Pays Bas, le Danemark, la Finlande. Pour un essai de systématisation des différents régimes, voir MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives, préc. Les pays africains ne sont pas en reste. On peut citer par exemple la loi camerounaise du 6 mai 2011 relative à la protection du consommateur qui pose le principe de l'interdiction des clauses abusives (art.4, 5 et 35 de la loi) tout en accordant aux juges le pouvoir de les annuler d'office.

[96] Pour le cas du Royaume Uni, voir les dispositions du Unfair terms in Consumer contracts Regulations de 1999. Aux Etats -Unis, les clauses abusives appelées unconscionable clauses sont sanctionnées depuis 1962 à travers la théorie de l'Unconscionability de l'article s. 2.302 U.C.C (UNIFORM COMMERCIAL CODE).

[97] A la faveur de la Directive 93/13 du Conseil de la Communauté européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les particuliers, toutes les législations des pays européens, ont adopté des dispositions relatives à la sanction des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

S'inspirant des différents systèmes existants et surtout des nombreuses législations spéciales, le nouveau code civil français, le code civil du Québec et le projet d'AUC de l'OHADA organisent la lutte contre les clauses abusives dans tous les contrats d'adhésion. Ils consacrent ainsi l'élargissement de la lutte contre un phénomène déjà ancien mais que le développement massif des contrats d'adhésion à l'époque contemporaine tend à rendre plus fréquent. Malgré l'identité d'objectif, l'approche est légèrement différente d'une législation à une autre.

a) Le régime des clauses abusives dans le nouveau code civil français

Le code de la consommation et le code de commerce sanctionnent déjà les clauses abusives à travers des dispositions spéciales. C'est dans ce contexte qu'intervient la réforme du droit des contrats qui sanctionne les clauses abusives en droit commun à travers l'article 1171 C.civ. Cet article, qui traite du déséquilibre significatif consacre donc un élargissement de la sanction des clauses abusives à tous les contrats d'adhésion[98]. Ce régime de droit commun doit pourtant s'articuler avec les régimes spéciaux prévus par les textes antérieurs.

---

[98] Sur les réserves suscités par l'extension, lire MAZEAUD (D.), Droit des contrats : réforme à l'horizon, préc., p. 291: "D'aucuns se demanderont s'il était légitime d'importer dans le droit commun des contrats (...) une règle issue du droit spécial de la consommation, reprise ensuite dans le code de commerce afin de moraliser les mœurs contractuels dans la grande distribution. Alors que (...) le code civil appréhende le contrat comme le fruit d'une libre négociation entre individus égaux, comme une relation individuelle ; entre des personnes abstraites et désincarnées (...), le code de la consommation l'envisage plutôt comme un produit de masse, standardisé (...). Est-il alors opportun et légitime d'importer dans le droit commun une règle qui reflète l'esprit d'un autre code "? Adde : (GRATTON (L.), Les clauses abusives en droit commun des contrats , D. 2016, p.22 et sv.).

Pour d'autres " les clauses abusives ne sont pas si injustes dans les relations entre professionnels car, la plupart du temps, un même professionnel sera tour à tour victime, puis bénéficiaire d'une clause prétendue abusive" (COUSIN (C.), GUIZIOU (H.), LEVENEUR, AZEMAR (M.), MOEON-PUECH (B.), SEVIGNON (A.), Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, D. 2016, p. 1115 et sv.

α. Le traitement du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion

L'article 1171 tel qu'issu de l'ordonnance[99] sanctionne les clauses abusives dans les contrats d'adhésion sans les nommer comme telles. Aux termes de cet article," toute clause d'un contrat d'adhésion qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite". La notion de déséquilibre significatif fait ainsi son entrée dans le code civil après avoir été utilisée en droit de la consommation[100] et plus récemment en droit de la concurrence[101]. Pourtant, pas plus que dans les textes antérieurs, l'article 1171 n'a pas défini la notion que certains auteurs qualifient déjà de standard juridique, source d'insécurité juridique[102].

Pour un auteur[103], le déséquilibre significatif renvoie à la "situation où l'absence d'équilibre est d'une importance contestable". C'est au juge[104] qu'il revient de déterminer si un contrat d'adhésion est déséquilibré ou pas et quel est le degré de déséquilibre à prendre en compte. L'appréciation pourra se faire soit au moment de la formation soit au moment de l'exécution du contrat. L'interprétation donnée en droit de la consommation ou en droit de la concurrence pourra, sous certaines réserves, servir de référence[105]. En effet, à la

---

[99] Le projet prévoyait au départ un domaine plus large de la sanction. Cette ambition de départ n'a pas été finalement retenue. Elle ne faisait d'ailleurs pas l'unanimité en doctrine.

[100] C'est l'article L 321-1 C. Cons. devenu l'article L. 212- 1 C. Cons. qui sanctionne les clauses abusives dans les contrats de consommation en les réputant non écrites.

[101] Conformément à l'article L 442-6, I -2°, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties à un contrat conclu par un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers avec un partenaire commercial sont sanctionnés par la responsabilité civile.

[102] AYNES (L.), Le juge et le contrat: nouveaux rôles? Revue des contrats 01 avril 2016, n°Hors série, p. 14 et sv. L'auteur y voit en même temps un risque d'accroissement de l'imprévisibilité du droit des contrats. Egalement REVET (T.), Le nouveau discours contractuel, précité.

[103] GICQUARD (E.), Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif, RTD Com. 1994, p.267 et sv.

[104] La présence des clauses abusives "ouvre au juge le pouvoir de contrôler le contenu du contrat en lui permettant de neutraliser les déséquilibres" (MAZEAUD (D.), Observations conclusives, préc., p.3).

[105]BOURASSIN (M.), L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats, LPA 30 décembre 2016, n°261, p. 9 et sv. ID: LPA 122p6.

tendance à une interprétation plutôt large du déséquilibre significatif en droit de la consommation, répond une conception plus restrictive en droit de la concurrence[106]. Il faut ajouter à cela que le champ du déséquilibre significatif est plus large en droit de la concurrence et en droit de la consommation qu'en droit commun des contrats. Dans les deux premiers cas, le déséquilibre est sanctionné compte non tenu du caractère d'adhésion du contrat alors qu'en droit commun son domaine est limité aux contrats d'adhésion. De plus, en droit de la concurrence, le déséquilibre financier est pris en compte ce qui est exclut en droit commun[107]. Enfin, la sanction du déséquilibre significatif en droit de la distribution comme en droit de la consommation peut faire intervenir les pouvoirs publics[108] ce qui les éloigne encore du droit commun.

Quant à la sanction du déséquilibre significatif, l'article 1171 nouveau C.civ. dispose expressément 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". Le "réputé non écrit", considéré déjà par certains comme "une sanction lourde"[109], a pour conséquence l'inopposabilité de la clause au cocontractant victime du déséquilibre qu'elle a essentiellement pour but de protéger[110]. Elle est une sanction spécifique et assez efficace en

---

[106] COUSIN (C.) et al. précités pour qui les juges feraient plutôt preuve d'auto-restriction dans l'interprétation de la notion de déséquilibre significatif en droit de la concurrence. La difficulté de l'assimilation se justifie par ailleurs par la différence de nature entre le partenaire selon qu'on est en droit de la concurrence ou en droit de la consommation.

[107] On pourrait ajouter aussi que l'article 1171 alinéa 2 prévoit des exceptions au contrôle des clauses qui sont source de déséquilibre significatif dans un contrat. Ne pourra être prise en compte dans l'appréciation du déséquilibre, ni la clause qui porte sur l'objet principal du contrat ni celle qui porte sur l'adéquation du prix à la prestation.

[108] La raison se trouve dans la nécessité de protéger l'ordre public. Ceci ne s'impose pas en droit commun où le déséquilibre, même s'il est avéré, est susceptible de ne concerner que des relations entre personnes privées, commerçantes ou non.

[109] LE QUELLENEC (E.), HEYLLIAR (C.), Les contrats d'adhésion au code civil: une (r)évolution? Lexing droit informatique, préc.

[110] Sur le régime de cette sanction en général, lire COTTEREAU (V.), La clause réputée non écrite, JCP éd. G., 1993, I, 3691; BAILLOD (R.) A propos des clauses réputées non écrites, Mélanges dédiées à Louis BOYER, Presses de l'Université de Toulouse, 1996, p. 15 et sv.

ce qu'elle " interdit par avance l'insertion d'une clause"[111]. Cette efficacité doit néanmoins être relativisée[112].

β. L'articulation de l'article 1171 C.civ. et des régimes spéciaux de sanction des clauses abusives

La généralisation de la sanction des clauses abusives dans tous les contrats d'adhésion compte non tenu de la qualité des parties au contrat, pose le problème de l'articulation voire de la concurrence entre l'article 1171 C.civ., disposition de droit commun, et les dispositions spéciales du code de commerce et du code de la consommation[113].

A priori, le régime du code civil ne diffère pas fondamentalement des régimes spéciaux. Pourtant, à bien y voir, le rayonnement des clauses abusives en dehors des relations consuméristes et des contrats de distribution n'est pas sans entraîner des difficultés. La concurrence pourrait être réelle entre le droit commun et les droits spéciaux[114]. Elle ne sera pas toujours en faveur des nouvelles dispositions du code civil. Des raisons objectives justifieront que l'on continue à recourir soit aux dispositions du code de la consommation[115], soit à celles contenues dans le code de commerce[116].

---

[111] COTTEREAU (V.), préc., n°18.

[112] A titre de comparaison, cette sanction est moins protectrice que celle prévue par le code de commerce. D'une part le domaine de la sanction de l'article L .442-6 1 2° C. Cce est plus large et d'autre part, il peut y avoir lieu, en plus de la nullité au prononcé des amendes lorsque l'action est introduite par le Ministre de l'Economie ou le ministère public. Sur l'appréciation de ces sanctions, voir GICQUIAUD (E.), préc.

[113] A priori, les clauses abusives dans les contrats de consommation resteront régies par le code de la consommation et celles contenues dans les contrats entre professionnels par les dispositions actuelles du code ce commerce (en ce sens : MAZEAUD (D.), Droit des contrats: réforme à l'horizon, préc.).

[114] En ce sens: MEKKI (M.), La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus, préc., p.14; CHAGNY (M.), Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, RTDCom. 2016, p. 451; BOURASSIN (M.), L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats, LPA 30 décembre 2016, n°261, p. 9 et sv. ID: LPA 122p6

[115] MEKKI (M.), La formation du contrat, préc. pour qui dans les rapports entre consommateurs et professionnels, l'application du code de la consommation sera préférée du fait de l'existence de la liste noire et de la liste grise.

b) Le traitement des clauses abusives en droit québécois

Contrairement au droit français, la notion de clause abusive est directement utilisée et définie par le législateur québécois. Aux termes de l'article 1437 C.c.Q, la clause abusive est celle "qui désavantage l'adhérent d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi". Cet article ajoute, in fine, qu'« est abusive notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci »[117]. Au cœur de cette définition, se trouvent deux notions : le déséquilibre excessif ou déraisonnable et la bonne foi.

α. L'existence du désavantage excessif ou déraisonnable

La notion de désavantage excessif ou déraisonnable, qui renvoie à l'idée d'avantage injuste, n'est pas très éloignée de celle de déséquilibre significatif utilisée en droit français. La notion recèle, malgré tout, des spécificités.

L'appréciation du désavantage excessif ou déraisonnable peut se faire aussi bien objectivement que subjectivement. L'exigence du caractère excessif renvoie à une appréciation objective alors que le caractère déraisonnable suggère, pour sa part, une appréciation subjective qui prend en compte par exemple l'impact de la clause sur la situation particulière de l'adhérent. S'agissant du moment d'appréciation, une partie de la doctrine suivie en cela par la jurisprudence estime que l'appréciation se fait au moment de la conclusion du contrat. Autrement dit, « en matière de clauses abusives, on doit évaluer principalement celles-ci au moment de la conclusion de l'engagement »[118].

---

[116] MEKKI (M.), op. cit., loc. cit. pour qui la primauté des règles de droit commercial s'explique au moins par deux raisons : la différence de sanctions et le domaine de la clause abusive qui est limité en droit commun. Pour un autre auteur par contre, rien n'interdit d'envisager une application cumulative du droit commun et des droits spéciaux (GRIMALDI (C.), Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, préc.).

[117] On y voit plus un exemple de clause abusive qu'une condition supplémentaire de qualification des clauses abusives. Pour cette raison, il ne sera pas fait de développements particuliers sur ce point.

[118] Arrêt Kabachian c. Kechechian cité par LEFEBVRE (B), Le contrat d'adhésion, préc.

β. L'atteinte à la bonne foi

La référence à la bonne foi pour la définition des clauses abusives n'est que est l'une des manifestations de la place accordée à la bonne foi en droit québécois des contrats où elle a été érigée en principe général dans le code civil depuis 1991[119]. Par conséquent, la prise en compte de la bonne foi dans la qualification des clauses abusives ne doit pas être surestimée. En ce sens, un auteur affirme que la bonne foi " ne constitue pas un second critère à rencontrer pour qualifier une clause d'abusive, mais est plutôt une justification de la nullité de celle-ci ainsi qu'une réaffirmation du principe omniprésent de l'article 1375"[120]. Cela s'explique par ce que la bonne foi est surtout « un standard de comportement et ne nécessite pas la preuve d'une intention malveillante »[121]. Par conséquent, le manquement à la bonne foi "découle souvent implicitement du fait d'avoir imposé une clause abusive"[122].

C'est au juge qu'il revient de déterminer si une clause est abusive ou non. Il ne bénéficie pas, pour cela, du secours d'une quelconque liste préétablie - liste grise ou noire. Ceci a fait dire à certains que ce système accordait trop de pouvoirs au juge[123]. Au regard des critères suscités, diverses clauses peuvent être qualifiées d'abusives par le juge telles que les clauses pénales ou les clauses fixant des taux d'intérêt usuraire.

La clause considérée comme abusive est sanctionnée par la nullité du contrat ou la réduction de l'obligation[124] conformément à l'article 1437 C.c.Q. qui dispose que: " la clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle

---

[119] Voir GOBIN (J. B.), La modernité du droit des contrats, préc.

[120] MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les contrats d'adhésion en droit québécois, préc. Adde LEFEBVRE (B.), L'affaire Dell, réflexions sous l'angle du droit civil, Revue Générale de Droit, 2007, p.37 et sv; Le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion, op. cit.

[121] LEFEBVRE (B.), L'affaire Dell, préc. not. n°23. L'auteur ajoute que le contrôle de la bonne foi est un moyen pour s'assurer qu'elle joue pleinement son rôle en matière contractuelle lors de la formation du contrat.

[122] LEBEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc., p. 460.

[123] CROTEAU (N.), Le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion, préc.

[124] Sur le régime de sanction, lire par ex. MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois, préc; LEMIEUX (M.), préc.

réductible". La nullité touche en principe la seule clause jugée abusive, mais il pourrait y avoir, dans certains cas, nullité du contrat tout entier si la clause considérée comme abusive était la cause déterminante du contrat. Ce n'est pas le cas de la réduction des obligations contractuelles[125] qui est une sanction spécifique. En disposant que les obligations sont réductibles, l'article 1437 suggère que la réduction doit être demandée par l'adhérent au juge. Elle portera par exemple sur le montant des indemnités ou des dommages-intérêts. Le juge reste souverain dans la détermination de la limite de la réduction qui, en principe, ne peut aller jusqu'à la suppression de la clause.

c) La sanction des clauses abusives dans le projet d'acte uniforme OHADA sur les contrats

L'article 113 du projet d'AUC prévoit que " La clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée, à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière notamment en sa qualité de consommateur, ou encore lorsqu'elle n'est pas négociée".

Même si l'on y retrouve la notion de déséquilibre significatif préférée à celle de clauses abusive et qui pourrait être analysée en s'inspirant de la doctrine française, le régime des clauses abusives qu'institue le projet d'acte uniforme OHADA se démarque suffisamment des précédentes et suscite quelques réserves.

D'abord, le domaine des clauses abusives tel que prévu en droit OHADA est sujet à caution. Une lecture attentive de l'article 113 amène à la conclusion que toutes les clauses abusives autrement dit toutes les clauses qui sont à l'origine du déséquilibre significatif ne seront pas sanctionnées dans les contrats d'adhésion. Seules pourront bénéficier de la révision ou de la suppression, les clauses qui n'ont pas été négociées à moins que l'on ne soit en présence d'un contrat conclu avec un consommateur. L'application de cette disposition peut donner lieu à des difficultés. Elle amènerait le juge, au préalable à s'assurer de l'existence ou non d'une loi protégeant le consommateur. Or, cette loi n'existe pas toujours et la notion de consommateur pourrait être différemment appréhendée. Que décider

[125] MAZEAUD (D.), La réduction des obligations contractuelles in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? Droit et patrimoine, n°58, mars 1998. p. 58 et sv.qui voit dan cette sanction une atteinte supplémentaire à la liberté contractuelle et l'une des manifestations croissantes du juge dans le contrat.

lorsque la loi spéciale comporterait déjà une disposition sanctionnant les clauses abusives ? On peut douter que l'objectif visé soit véritablement d'élargir la lutte contre les clauses abusives. Sanctionner les seules clauses des contrats de consommation n'aurait en réalité rien de nouveau.

L'originalité voire la curiosité du régime des clauses abusives en droit OHADA s'observe également dans le régime de sanction. A la nullité et à la réduction des obligations prévues en droit français et québécois, le projet substitue la révision de la clause ou sa suppression. On peut hésiter sur la nature de ces sanctions. La révision, qui ne peut être que judiciaire "postule un contrat valablement formé dont les circonstances autorisent qu'il soit modifié au cours de son exécution, sans pour autant que cette modification (...) soit le fruit d'un texte spécial ou d'un accord entre les parties »[126]. Par contre, la suppression de la clause rappelle l'action en suppression des clauses abusives organisée par le code de la consommation français et qui consiste en une mesure préventive et collective mise en œuvre par les associations de consommateurs. Elle vise l'élimination, dans les modèles de contrats ou contrats types proposés par les professionnels des clauses jugées abusives[127]. Or en droit OHADA, la suppression de la clause se veut normalement une sanction individuelle et réparatrice mise en œuvre par le cocontractant victime d'une clause abusive.

Au regard de ces observations, il nous semble que cette disposition, pourtant capitale dans la lutte contre les clauses abusives, mériterait d'être revue.

Parfois, le contrôle du contenu du contrat ne se limite pas aux clauses abusives et s'étend à d'autres types de clauses figurant ou non dans le contrat.

2. L'extension du contrôle du contenu du contrat à la sanction des clauses externes, illisibles et incompréhensibles

L'exigence du caractère lisible et compréhensible du contenu du contrat n'est pas nouvelle et n'est pas propre au contrat d'adhésion. Elle participe de l'ensemble des règles de

---

[126] JAMIN (C.), Révision et intangibilité du contrat in Dossier Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? Droit et patrimoine, n°58, mars 1998, p. 46 et sv.

[127] CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), Droit de la consommation, préc., p. 212.

protection du consommateur élaborées depuis plusieurs années par les législations spéciales[128]. Le droit québécois se démarque cependant en ce qu'il a généralisé cette exigence à tous les contrats d'adhésion. En effet, le contrôle du contenu du contrat d'adhésion dépasse largement le seul domaine des clauses imposées pour s'étendre aux clauses externes, illisibles et incompréhensibles. Comme pour les clauses abusives, l'influence de la volonté de l'adhérent sur ces clauses est moindre dans les contrats d'adhésion.

Le régime des clauses externes n'est pas exactement le même que celui des clauses illicites et incompréhensibles.

a) La sanction des clauses externes dans les contrats d'adhésion

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

La clause externe s'entend de la clause qui ne figure pas sur le document contractuel remis au cocontractant. Il s'agit donc d'une clause contenue dans un document distinct et séparé du contrat telle qu'une affiche, un document de publicité, un manuel d'utilisation, un règlement. Par contre, un document figurant au verso d'un contrat ne lui est pas externe au sens de l'article 1435[129]. De même, les lois et règlements émanant des pouvoirs publics n'entrent pas dans la catégorie des clauses externes. La jurisprudence a décidé à cet effet que « Dans le cadre d'un contrat d'adhésion, la loi et les règlements d'ordre public sont

---

[128] Voir par ex. les articles 25 et 26 du code québécois de la consommation qui prévoient l'obligation de rédiger le contrat en français.

[129] La notion de document externe pose néanmoins des problèmes d'appréciation par rapport aux contrats électroniques s'agissant en particulier des documents sur support électronique accessibles par lien hypertexte. L'Affaire Dell en donne une illustration. Lire à ce propos : LEFEBVRE (B.), L'affaire Dell, réflexions sous l'angle du droit civil, Revue Générale de Droit, 2007, p.37 et sv.

opposables à l'adhérent, sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve qu'ils ont été portés à la connaissance de ce dernier lors de la conclusion du contrat »[130].

Que le contrat soit de gré à gré ou d'adhésion, le caractère externe d'une clause n'empêche pas, en principe, qu'elle puisse être prise en compte par les parties et entre dans le champ contractuel. La reconnaissance des clauses externes est soumise à une seule exigence. Ces clauses doivent faire l'objet d'un renvoi express - et non tacite, écrit ou verbal[131]. Mais, lorsque la clause externe figure dans un contrat d'adhésion, le code civil a, compte tenu de la particularité de cette catégorie de contrats, aménagé le régime applicable. « Aussi, afin de s'assurer que l'adhérent donne un consentement éclairé, le Code énonce à l'article 1435 que la clause externe doit être portée à sa connaissance lors de la formation du contrat à moins que le stipulant ne puisse prouver que l'adhérent en avait par ailleurs connaissance »[132]. Lorsqu'est prouvée l'absence d'information ou la connaissance non acquise de la clause, la sanction est la nullité de celle-ci. Il s'agit d'une nullité relative destinée à protéger l'adhérent.

b) Le régime des clauses illisibles ou incompréhensibles dans les contrats d'adhésion

La clause illisible ou incompréhensible insérée dans un contrat d'adhésion est dotée d'un régime particulier prévu par l'article 1436 C.c.Q. au terme duquel « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui adhère en souffre un préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent ».

La mise en œuvre de la nullité prévue à l'article 1436 suppose, au préalable, la preuve du caractère illisible ou incompréhensible de la clause. L'illisibilité et l'incompréhensibilité ne

---

[130] CA Québec, 30 mai 2014, Ifergan c. Stés des loteries du Québec, 2014, QCCA, 1114, Juges Thibault, Doyon et Dutil.

[131] LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc., p. 471.

[132] LEFEBVRE, (B.), loc. cit, p. 472. La jurisprudence française est parfois allée dans ce sens mais sur le fondement d'une disposition générale en l'occurrence l'article 1134 al. 1 C.civ. En ce sens, TESTU (F. X.), Le juge et le contrat d'adhésion, préc., n°17 ainsi que l'arrêt cité.

se confondent pas. L'illisibilité amène à apprécier la présentation matérielle, la forme du contrat et surtout de la clause. Ces éléments sont ceux ayant trait au style utilisé, au choix des polices et de la taille des caractères par exemple. Ils correspondent à l'aspect le plus visible. Mais, de manière plus subtile, la présentation matérielle renvoie aussi à des éléments tels que l'emplacement réservé à une clause dans le contrat. Par contre, apprécier le caractère incompréhensible d'une clause amène plutôt à scruter le contenu du contrat proposé ou soumis aux fins de rechercher la présence ou non de termes qui ne sont pas faciles à saisir particulièrement par une personne raisonnable. Les auteurs relèvent toutefois qu'il n'y a pas lieu de confondre le caractère incompréhensible et le caractère ambigu des clauses[133]. Le caractère illisible ou incompréhensible est apprécié objectivement en prenant en compte la personne raisonnable. Outre la difficulté d'une appréciation objective, la sanction de la clause illicite ou incompréhensible est assez rigoureuse puisqu'elle exige la preuve d'un préjudice subi par l'adhérent.

En même temps qu'elle permet d'encadrer le contenu du contrat, la reconnaissance du contrat d'adhésion en droit commun contribue à préserver l'équilibre contractuel au moyen de l'interprétation du contrat.

B) Le contrat d'adhésion et la préservation de l'équilibre contractuel

Parce que "le contrat d'adhésion accentue le déséquilibre entre les parties"[134], la nécessité d'en assurer un plus grand équilibre a été ressentie depuis de nombreuses années[135]. De nombreux outils ressortissant du droit commun ont alors été mis au profit des parties au contrat. En plus de vices de consentement et de la cause, la protection des contractants a été recherchée à travers ce qu'un auteur a qualifié de "nouveaux instruments de l'équilibre contractuel"[136]. Mais, lorsque le déséquilibre se traduit par la présence de

---

[133] LEFEBVRE (B.), Le contrat d'adhésion, préc., p. 481-482.

[134] MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives, op.cit., p.3.

[135] Voir par ex. BENABENT (A.), Droit civil Les obligations, précité, p.19.

[136] MAZEAUD (D.), Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? Les actes du colloque, La nouvelle crise du contrat, JAMIN (C.) (Dir.), Dalloz, 2003, p. 135 et sv.

clauses ambigües ou obscures dans le contrat, l'équilibre peut être rétabli par le recours aux règles d'interprétation des contrats. S'inspirant des règles communes à tous les contrats, les législations contemporaines ont élaboré des règles propres au contrat d'adhésion (1). Cette exigence d'interprétation renforce l'intervention du juge dans le contrat d'adhésion (2).

1. La consécration de règles spéciales d'interprétation du contrat d'adhésion

L'un des intérêts de la reconnaissance des contrats d'adhésion tient en ce que les différentes législations ont élaboré une règle d'interprétation particulière dont bénéficie cette catégorie de contrats[137]. Il ne pourrait en être autrement dès lors que dans le contrat d'adhésion, le contenu du contrat, loin de refléter la volonté commune des parties, n'est que la traduction de la toute puissance de l'une des parties qui, lors des négociations, a proposé ou imposé les clauses du contrat.

Dans les contrats d'adhésion, le recours aux règles d'interprétation figure au premier rang des mesures permettant "un contrôle a posteriori de la conformité des stipulations contractuelles à l'intérêt du contractant qui n'a pas rédigé l'instrumentum"[138].

L'élaboration des principes d'interprétation des contrats est bien antérieure à l'émergence et au développement des contrats d'adhésion. Au rang de ces principes, il y a la règle de l'article 1162 de l'ancien C.Civ. français qui dispose que : "dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation". Très tôt, la jurisprudence française y a fait recours comme solution palliative pour l'interprétation de clauses ambigües ou obscures des contrats d'adhésion[139]. Cette règle a été également reprise dans d'autres législations telles que le code civil du Bas Canada

---

[137] De manière assez critique, un auteur voit dans cette consécration de la règle d'interprétation "l'unique illustration de la définition légale du contrat d'adhésion" WITZ (C.), L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015, p. 2020 et sv.

[138] REVET (T.), Une philosophie générale, préc., p.5.

[139] TESTU (F. X.), Le juge et le contrat d'adhésion, préc. ; (WITZ (C.), L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015, p. 2020 et sv.

de 1866 où elle servait de règle d'interprétation spéciale de certains contrats spéciaux tels que les contrats de consommation[140].

La réception des contrats d'adhésion en droit commun a donné l'occasion au législateur québécois et à sa suite au législateur français et aux rédacteurs du projet d'AUC OHADA de s'approprier définitivement cette règle d'interprétation pour en faire une règle propre - mais pas exclusive - d'interprétation des contrats d'adhésion.

Le nouvel article 1190 C.civ. français dispose que : " Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé"[141]. Cette disposition, en dépit de sa concision, recèle, à elle seule, deux règles nouvelles d'interprétation des contrats. La première a trait à l'interprétation des contrats gré à gré pour lequel le nouvel article 1190 adopte la règle classique de l'interprétation favorable au débiteur. La seconde, qui nous intéresse le plus, concerne particulièrement les contrats d'adhésion. L'article 1190 in fine[142], par sa formulation, s'inspire très largement de la règle prévue par le code de la consommation pour l'interprétation des contrats de consommation[143]. Elle postule une interprétation du contrat qui prend en compte la position contractuelle des parties au moment de la conclusion du contrat. Celui qui a fixé les conditions du contrat est présumé avoir mis à profit cette situation pour insérer dans le contrat des règles qui lui sont favorables. Peu importe alors sa qualité de débiteur ou de créancier des obligations contenues dans le contrat.

Cette "nouvelle" règle d'interprétation a néanmoins souffert de quelques critiques. Un auteur estime par exemple qu'en plus de son champ d'application limité, elle oblige le

---

[140] MOORE (B.), A la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives, préc., p.11.

[141] Sur ce régime d'interprétation, lire REVET (T.), Une philosophie générale, préc. ; (WITZ (C.), L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, préc.

[142] Il s'agit d'une reformulation de la règle posée par l'ancien article 1162 C.Civ.

[143] Il s'agit de l'ancien article L. 133-2 al. 2 du code de la consommation devenu l'article L 211-1 (V) qui prévoit qu'en cas de doute, les clauses figurant dans les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs s'interprètent dans le sens le plus favorable au consommateur ou non professionnel.

juge à vérifier préalablement "si la clause sujette à interprétation relève d'un contrat d'adhésion ou d'un contrat de gré à gré"[144]. Aussi, il suggère qu'à l'exemple des législations uniformes, elle soit étendue à tous les contrats dès lors que ceux-ci contiennent des clauses qui n'ont pas été librement et préalablement négociées entre les parties.

Le législateur québécois pose également à l'article 1432 C.c.Q. le principe de l'interprétation des contrats d'adhésion en faveur de l'adhérent. Il résulte de cette disposition que les clauses ambigües d'un contrat d'adhésion s'interprètent en faveur de l'adhérent. Sa portée est donc limitée aux seules clauses ambiguës du contrat. Cette disposition, telle que conçue suppose au préalable pour être mise en œuvre que le problème de la qualification des clauses du contrat soit résolu. Il ne suffit pas que le contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion. Dans quelle hypothèse faut-il considérer qu'une clause est ambigüe? En quoi, la clause ambigüe diffère-t-elle de la clause incompréhensible ou illisible? Le juge saisi appréciera au cas par cas.

Le projet OHADA d'AUC pour sa part dispose en son article 173 que : " Dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète en faveur du débiteur". Cette disposition - dans sa formulation actuelle, peut surprendre et elle suscite quelques commentaires. Le débiteur doit-il être entendu comme le débiteur de l'obligation principale ou alors le débiteur de l'obligation non exécuté? Dans un contrat d'adhésion, qui est très souvent un contrat synallagmatique, l'adhérent n'est pas toujours le débiteur. En fonction de la nature des obligations, il sera tantôt débiteur tantôt créancier d'une ou de plusieurs obligations.

Cette disposition, qui semble plus correspondre à l'interprétation des contrats de gré à gré est utile lorsqu'elle permet par exemple de ne pas mettre à la charge de l'adhérent débiteur de l'obligation des pénalités ou des dommages-intérêts excessifs en cas d'inexécution de ses obligations. Par contre, lorsque le débiteur de l'obligation inexécutée est le stipulant, cette règle peut lui faire échapper à des obligations qui peuvent dans certains cas s'avérer essentielles. Par exemple, dans un contrat de transport, le transporteur est débiteur de l'obligation de sécurité. Il est en même temps le stipulant. L'inexécution

[144] WITZ (C.), L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, préc.

totale ou partielle de cette obligation rend l'adhérent créancier de l'obligation. S'il fallait interpréter une clause ambigüe du contrat relative à cette obligation en faveur du débiteur conformément à l'article 173 du projet d'AUC, on aboutirait à porter une atteinte grave au droit du transporté qui en l'espèce est l'adhérent. Il ne nous semble pas que ce soit le résultat recherché par les rédacteurs du projet. Dans ce cas, le recours à la règle générale d'interprétation posée par l'article 169 serait plus protecteur. Cet article dispose que " Dans le doute, le contrat s'interprète en raison de l'équité". En dehors de l'article 169, l'article 173 peut aussi être mis en relation avec l'article 174 du texte qui prévoit que : "Lorsqu'une loi spéciale assure la protection des intérêts d'une partie, le contrat doit être interprété en faveur de celle-ci s'il a été établi l'influence dominante de l'autre". Malheureusement, cette disposition qui permet d'interpréter le contrat en faveur de la partie faible au contrat, aura du mal à s'appliquer à tous les contrats d'adhésion. Elle suppose au préalable l'existence d'une loi spéciale. On songe par exemple à la loi protégeant les consommateurs ou à une loi propre à une catégorie de contrats (transport, d'assurance, etc.). Or, les règles applicables au contrat d'adhésion, en ce qu'elles figurent dans le régime général des contrats ne peuvent être considérées comme loi spéciale à moins de donner à cette expression, une interprétation très extensive. In fine, on peut douter de l'efficacité du principe d'interprétation des contrats d'adhésion que pose l'article 173.

La règle d'interprétation des contrats d'adhésion retenue par les différentes législations participe du régime propre des contrats d'adhésion que les législations contemporaines ont pour ambition d'élaborer. Ce qui est remarquable, c'est moins cette reprise d'une règle plus ou moins éprouvée que la possibilité qui est désormais donnée de l'appliquer à un nombre potentiellement important de contrats d'adhésion. La généralisation de la règle d'interprétation favorable à l'adhérent est donc une évolution significative du droit des contrats. C'est dire l'importance du rôle qui incombe au juge.

2. Le renforcement du rôle du juge dans le contrat à travers son pouvoir d'interprétation.

La place du juge dans le contrat n'a cessé de grandir. Les réformes successives du droit des contrats, dont la réforme du droit français est l'une des toutes récentes n'ont fait que le confirmer. Qu'elle soit saluée ou décriée, la place grandissante du juge dans le contrat

est une réalité. Le pouvoir d'interprétation dont il dispose n'en est qu'une des nombreuses facettes.

L'interprétation du contrat constitue en effet un office particulier du juge. On l'a parfois analysé comme conférant automatiquement un pouvoir au juge. Ce pouvoir est tout aussi bien un pouvoir régulateur qu'un pouvoir créateur de droit. En interprétant les clauses ambigües ou obscures d'un contrat d'adhésion, le juge régule le contrat. Son pouvoir participe donc de la recherche du rééquilibrage des contrats d'adhésion ou de correction du "déséquilibre présumé"[145] de ces contrats.

Cette intervention du juge dans les contrats et tout particulièrement dans les contrats d'adhésion, même sous le couvert de l'interprétation est, pour certains, porteur d'insécurité juridique[146]. Aussi, n'a-t-on pas hésité à dire que le juge devient désormais une troisième partie au contrat[147]. Pour d'autres, par contre, cette intervention s'impose car "Quand l'acte de volonté est faible, il est légitime que le pouvoir du juge soir fort"[148] d'autant plus que c'est au juge qu'incombe naturellement le rôle de gardien de l'équilibre contractuel.

A l'issue de ces développements sur la réception du contrat d'adhésion dans les législations contemporaines et tout particulièrement en droit québécois et français et dans le projet d'acte uniforme sur le droit des contrats de l'OHADA, la première conclusion à laquelle on parvient sous forme de constat est que la reconnaissance du contrat d'adhésion comme catégorie de droit commun est désormais acquise. La question n'est plus, dans les différentes législations envisagées, celle de l'opportunité ou non d'une insertion de cette

---

[145] REVET (P.), Une philosophie générale, préc., p.6.

[146] COUSIN (C.), GUIZIOU (H.), LEVENEUR - AZEMAR (M.), MORON-PUECH (B.), STEVIGNON (A.), Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, D. 2015, p. 1115, Regards comparatistes sur l'avant-projet de droit des contrats, préc.; BOURASSIN (M.), L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats, LPA 30 décembre 2016, n°261, p. 9 et sv. ID: LPA 122p6.

[147] VOGEL (J), actualite-de--la-reforme -du-droit-des-contrats- le juge devient -une-troisième partie au contrat. Dans le même sens: COUSIN (C.) et al. , préc.

[148] BOFFA (R.), Article 1108: le contrat d'adhésion, préc.

catégorie de contrat dans le droit commun. Tirant les conséquences d'une réalité qui s'imposait de plus en plus, les législateurs ont accordé au contrat d'adhésion une place au sein du droit commun des contrats. La deuxième conclusion est que, se démarquant de certaines approches doctrinales qui qualifient le contrat d'adhésion à partir de critères subjectifs tels que la puissance économique, la faiblesse ou l'inégalité des parties, les codes civils français et québécois et à leur suite le projet d'AUC de l'OHADA définissent le contrat d'adhésion à partir de critères objectifs parmi lesquels l'absence ou l'impossibilité de négociation du contenu du contrat occupent une place importante. Parce que les contrats d'adhésion recèlent presque toujours des clauses tendant à favoriser l'un des contractants au détriment de l'autre, l'enjeu de leur reconnaissance est d'étendre à de nombreux contrats les règles de protection spéciales élaborées jusque-là au seul profit de certaines catégories de contractants C'est la troisième et dernière conclusion.

Pour finir, il faut admettre avec un auteur que si l'existence d'un contrat qu'il soit d'adhésion ou non repose uniquement " sur un accord de toutes les parties (...) sans qu'il soit nécessaire que ces obligations aient été imaginées ni même discutées par tous les contractants"[149], les contrats d'adhésion, qui par leur nature ne prennent pas toujours suffisamment compte de l'intérêt de l'une des parties, laissent toujours la porte ouverte à une intervention du juge qui sera encore, pendant longtemps et malgré les évolutions, un recours ultime pour les contractants.

[149] REVET (T.), Le nouveau discours contractuel (Rapport de synthèse), préc., p.15.