

CONTRATS

LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS : QUESTIONS PRATIQUES

Fiche pratique sur le contrat d'adhésion 261p2

L'essentiel

Et si on prenait un rendez-vous régulier pour aborder sous un angle théorico-pratique les nouvelles dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des obligations ? Telle est l'ambition de ces fiches pratiques au cours desquelles les textes du nouveau droit des obligations seront présentés, appréciés et mis à l'épreuve des difficultés pratiques. Bien entendu, l'interprète n'est pas devin et ne peut fournir une solution clef en main. Le juge qui n'est pas et ne peut être cette « bouche qui prononce les paroles de la loi » fait preuve de créativité et fait œuvre créatrice. En attendant la lecture judiciaire des nouvelles dispositions, la doctrine peut attirer l'attention sur les différentes interprétations envisageables et souhaitables. Pour ce premier cru, l'auteur s'est intéressé à la notion de contrat d'adhésion.

Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 février 2016

C. civ., art. 110, al. 2, nouv.



Par
Mustapha MEKKI
Agrégé des facultés
de droit, professeur à
l'université Sorbonne
Paris Cité (Paris 13),
directeur de l'IRDA,
enseignant au CFPNP

Parmi les notions phares de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve, un regard particulier doit être porté sur le contrat d'adhésion. Selon le nouvel article 1110, alinéa 2, figurant au sein des dispositions liminaires du futur titre III du livre III, « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». La distinction est ainsi opérée avec l'alinéa 1^{er}

qui définit le contrat de gré à gré comme « celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties ». L'ordonnance fait donc le choix de consacrer une catégorie que l'on croyait confinée aux nobles frontières de la pensée purement doctrinale. Elle ne se contente d'ailleurs pas d'une définition sans conséquences juridiques puisqu'elle y rattache formellement deux principaux effets relatifs aux clauses abusives (C. civ., art. 1171) et à l'interprétation (C. civ., art. 1190). Demain, le contrat d'adhésion devrait devenir le nerf de la guerre du droit commun des contrats !

Sans aborder les questions relatives à l'interprétation ou aux clauses abusives, qui feront l'objet d'une fiche à part entière, concentrons-nous sur la notion de contrat d'adhésion qui conditionne son champ d'application.

Définir le contrat d'adhésion n'est pas un enjeu purement intellectuel mais un enjeu pratique de tout premier ordre. L'identification ou l'éviction en amont du contrat

d'adhésion conditionne l'application ou l'exclusion des règles relatives à l'interprétation et surtout aux clauses abusives. Pour tenter de dessiner au mieux les contours de ce que pourrait être le contrat d'adhésion dans l'esprit du législateur et dans celui des juges, il convient de revenir à la genèse de ce contrat avant de s'attarder sur l'exégèse du texte qui le sacralise au sein du futur Code civil. En effet, pour comprendre l'avenir de cette notion il faut impérativement s'appuyer sur son passé.

I. LA GENÈSE DU CONTRAT D'ADHÉSION

La naissance du contrat d'adhésion est affaire de conjoncture et de structure.

Conjoncture. La conjoncture est celle d'une société ultra industrialisée à la toute fin du XIX^e siècle. Le contrat d'adhésion n'était au départ qu'un concept doctrinal sorti de l'esprit ingénieux de Raymond Saleilles⁽¹⁾ qui utilise l'expression pour la première fois en 1901 dans son ouvrage *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. Il évoque à cette occasion ces contrats d'adhésion « dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée [...] tous les contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective et qui, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la *Lex* que de l'accord des volontés »⁽²⁾. Le contrat d'adhésion est pétri de réalisme juridique. Il s'agit d'un terme qui rend compte des mouvements qui traversent la fin du XIX^e siècle et début du XX^e siècle : un pays hyper industrialisé où la consommation devient de masse et standardisée (contrat de transport ferroviaire, contrat de travail, contrat de fournitures de biens et de services...).

(1) R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 194 et s.

(2) *Ibid.*, p. 229.

En toute logique, le contenu du contrat d'adhésion décrit par Raymond Saleilles au début du XX^e ne devrait plus rien avoir de commun avec le contrat d'adhésion d'aujourd'hui. En quelque sorte, œuvre d'une création doctrinale, il se présente comme un standard juridique auquel le législateur et le juge peuvent donner un sens, une valeur et une portée plus adaptés à notre époque.

Structure. Pour Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion est avant tout un concept doctrinal qui n'a pas l'ambition d'être une technique opérationnelle du droit des contrats. L'une des questions centrales de l'époque, qui devrait éclairer les débats d'aujourd'hui, était de savoir ce qui distingue structurellement le contrat de gré à gré du contrat d'adhésion. Comme il existe autant de critères que d'auteurs, il paraît plus judicieux d'appréhender les différentes propositions doctrinales comme un faisceau d'indices.

Parmi ces indices, se trouve au premier plan la rédaction unilatérale des termes de la convention ou l'absence de négociation des termes de la convention, la supériorité économique d'une des parties et le caractère standardisé d'une offre faite au public ou adressée à un ensemble de personnes⁽³⁾. Parmi ce faisceau d'indices, une importance particulière doit être attachée à l'absence de négociation des termes du contrat. Ainsi Georges Berlioz affirmait que le critère essentiel du contrat d'adhésion « c'est l'absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel »⁽⁴⁾.

Le contrat d'adhésion se présente à l'époque comme le miroir de la société civile. Il s'agit de protéger le consommateur, sinon partie faible, du moins ignorant, qui conclut un contrat sans véritablement porter attention aux « conditions générales », clauses accessoires qui peuvent être excessives. À 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. On a pu plus récemment envisager d'étendre cette catégorie à tous les contrats de consommation car il est aujourd'hui établi que certains professionnels peuvent se retrouver dans la même situation qu'un consommateur lorsqu'ils concluent ce type de contrats. En revanche, le contrat de dépendance économique, comme l'a défendu notre collègue François Chénéde, devrait échapper à la qualification de contrat d'adhésion car il n'a rien d'un contrat de consommation. Les contrats de dépendance (contrat de franchise, de fourniture, de concession...) sont des « conventions dont les termes sont *a priori* négociés entre les contractants, mais dans lesquelles une partie profite de sa puissance économique pour obtenir de son partenaire commercial des conditions (concrètement un prix

exagérément avantageuses à son profit »⁽⁵⁾. Dans ces conditions, et si cette extension limitée aux seuls contrats de consommation se confirmait, la consécration de la catégorie des contrats d'adhésion au sein de l'article 1110, alinéa 2, devrait avoir une portée limitée et les contrats dits d'affaires devraient y échapper.

Pourtant, une autre analyse est envisageable. Si le contrat d'adhésion est un miroir de la société civile, si son contenu est tributaire de son époque, si le critère déterminant est l'absence de négociation du contrat et la détermination unilatérale de son contenu, ce critère purement formel ne devrait pas exclure *ab initio* tous les contrats d'affaires, ce que conforte l'exégèse de cette nouvelle disposition.

II. L'EXÉGÈSE DU CONTRAT D'ADHÉSION

La compréhension du nouvel article 1110, alinéa 2, suppose de le mettre en perspective avec la version qui figurait dans le projet d'ordonnance. L'article 1108, alinéa 2, du projet disposait que « le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ». Trois éléments figurent au sein de l'article 1110, alinéa 2, et renseignent sur le champ d'application du contrat d'adhésion.

“ *Un contrat où pourrait exister une libre discussion qui n'a pas effectivement été exercée devrait pouvoir entrer dans la catégorie des contrats d'adhésion si les conditions générales ont été déterminées unilatéralement* ”

Éléments constitutifs du contrat d'adhésion. Il s'agit, tout d'abord, de la référence faite aux « conditions générales », vocable qui a été préféré à celui de « stipulations essentielles ». Cette substitution est opérée à bon escient car si le législateur entend lutter contre les clauses abusives en droit commun des contrats, elles ont le plus souvent pour support des clauses accessoires (clause limitative de responsabilité, clause d'indemnité, clause de rupture...) qui appartiennent aux conditions générales et ne relèvent pas des « stipulations essentielles ». De cette manière, le législateur adopte une conception plus extensive de la notion de contrat d'adhésion.

Le deuxième élément caractéristique de cette disposition est la référence faite au critère principal qui consiste à *déterminer unilatéralement ces conditions générales et à l'avance*. L'article 1110, alinéa 2, ajoute que ces conditions déterminées à l'avance unilatéralement ont été soustraites à la négociation. Il faut observer qu'il semble peu important que le contenu déterminé unilatéralement ait été imposé. Ce qui importe, c'est que, formellement, ces conditions générales étaient en quelque sorte pré-rédigées, déterminées à l'avance, sans négociation. On

(3) V. cependant F. Chénéde qui fait de la rédaction unilatérale ou de l'absence de négociation le critère déterminant ; les autres sont adventices : la supériorité économique et l'offre standardisée « peuvent paraître accessoires : d'une part, le caractère standardisé de l'offre ne fait que traduire la rédaction unilatérale et définitive des termes du contrat ; d'autre part, la supériorité économique (ou technique) de l'offrant n'est que la cause de l'absence de négociation, critère principal d'identification », Raymond Saleilles, ..., *op. cit.*, spéc. p. 1021.
(4) G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, n° 42, p. 27.

(5) F. Chénéde et R. Saleilles, *op. cit.*, p. 1031. *Adde* : du même auteur, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme » : D. 2015, p. 1226.

doit également remarquer que l'article 1108, alinéa 2, du projet évoquait non pas la négociation mais la « libre discussion ». En supprimant ce terme pour lui préférer celui de négociation, il n'y a pas qu'une modification de forme mais également de fond. L'absence de liberté de discussion n'est manifestement pas le critère du contrat d'adhésion. Le contrat peut en théorie laisser une place à la libre discussion. Le contrat peut être par nature, en raison notamment de la qualité des parties, un contrat dont les termes auraient pu être librement discutés. Autrement dit, un contrat où pourrait exister une libre discussion qui n'a pas effectivement été exercée devrait pouvoir entrer dans la catégorie des contrats d'adhésion dès lors que, dans les faits, les conditions générales ont été déterminées unilatéralement.

Un champ d'application élargi en théorie. Ces trois caractéristiques du contrat d'adhésion justifient-elles encore une conception restrictive de la catégorie des contrats d'adhésion limitée aux seuls contrats de consommation ? Tout va dépendre de la politique jurisprudentielle, notamment et surtout celle de la Cour de cassation. Plusieurs arguments rendent cependant possibles une acception extensive.

Tout d'abord, le critère formel de l'article 1110, alinéa 2, est l'existence d'une détermination unilatérale à l'avance de conditions générales non négociées⁽⁶⁾. Les contrats de dépendance pourraient parfaitement entrer dans ce cadre. Il est peu important que les parties soient en théorie capables de librement discuter les termes du contrat. Le contenu de ces contrats, stipulations essentielles et clauses accessoires, est souvent le résultat de conditions générales prédéterminées unilatéralement par l'une des parties auxquelles le cocontractant se contente d'adhérer sans négociation. Ce qui est vrai des contrats de dépendance l'est, à vrai dire, aussi de nombreux autres contrats d'affaires.

Ensuite, l'esprit du contrat d'adhésion pourrait justifier une telle extension. Le contrat d'adhésion est un contrat contingent dont le sens, la valeur et la portée évoluent avec son temps. Si, au début du XX^e siècle, il s'agissait de lutter contre les contrats de consommation de masse, il s'agit aujourd'hui d'encadrer, au-delà des contrats de consommation déjà suffisamment encadrés par les règles spéciales du droit de la consommation, les contrats vecteurs de nouvelles inégalités, notamment les contrats de dépendance économique et les contrats d'affaires entre parties qui n'ont pas la même puissance économique.

Si le corps de l'article 1110, alinéa 2, et l'esprit du contrat d'adhésion rendent une acception extensive de la catégorie possible, le champ d'application serait alors bien plus large.

Les nombreuses applications pratiques. Que l'on songe, tout d'abord, à cette multinationale qui impose à ses fournisseurs et sous-traitants ses conditions générales dans des chartes de comportement ou des codes d'éthique. N'a-t-on pas affaire à des conditions générales déterminées à l'avance par une partie sans négociation ? Que l'on songe encore au contrat-cadre en matière pétrolière lorsque les conditions générales sont déterminées unilatéralement

par la compagnie pétrolière à l'ensemble de ses pompistes de marque⁽⁷⁾.

Il peut également s'agir de contrats-types professionnels, rédigés par des organismes professionnels qui, soit les mettent à la disposition de leurs adhérents, soit exigent d'eux qu'ils les utilisent dans leurs relations contractuelles (ex. clause dite de prix conseillé). Ces contrats-types d'origine privée (assurances, banques...) sont appelés en pratique des « conditions générales »⁽⁸⁾ et le contrat-type est presque toujours un contrat d'adhésion⁽⁹⁾. Des institutionnels, parfois pour des raisons de concurrence, proposent ainsi des contrats-types, notamment dans le domaine immobilier (baux institutionnels, contrats de VEFA « imposés » par les promoteurs, contrats de prêt notariés « imposés » par les établissements bancaires et financiers...). Ce sont parfois des syndicats qui imposent à leurs adhérents d'utiliser certains contrats. Que l'on songe au monde de l'assurance, des transports ou de la vente en gros où ces procédés sont très fréquents. Encore une fois, les conditions générales seront non négociées et déterminées à l'avance par une partie, quand bien même il existerait en théorie une liberté de discussion et quand bien même les conditions générales n'auraient pas à proprement parler été rédigées par une partie unilatéralement.

Prenons encore le cas de ce franchisé qui se soumet à un contrat-type, standardisé, dont les conditions générales sont déterminées à l'avance par le franchiseur sans négociation. Quand bien même existerait-il une liberté de discussion théorique, n'entre-t-on pas dans la catégorie des contrats d'adhésion ? Lorsque l'initiateur d'un réseau de distribution impose des règles d'organisation, de comportement, de contrôle et de surveillance dans ses conditions générales, quand bien même le prix et l'objet feraient l'objet d'une négociation, n'est-on pas encore dans les limites du contrat d'adhésion ?

Les difficultés pratiques. Certaines hypothèses sont sources de difficultés. Par exemple, si certaines conditions générales sont négociées (critère évinçant la qualification de contrat d'adhésion) sans pour autant que « les stipulations soient librement négociées » (critère du contrat de gré à gré), que fait-on de cet hybride ? De deux choses l'une, soit on considère que tout ce qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré. Soit on considère que tout ce qui n'est pas de gré à gré est d'adhésion. Mais il va falloir opérer un choix. Pourrait-on alors raisonner clauses par clauses et appliquer à une clause non négociée, alors que le reste l'est, le régime des contrats d'adhésion notamment l'article 1171 sur les clauses abusives ? Cela est peu probable car la question s'était posée lors de la consultation publique lancée par la Chancellerie et la proposition avait été faite de modifier en conséquence le projet d'ordonnance pour limiter ce dispositif aux seules clauses

(6) A. Seube, « Les conditions générales des contrats », in *Mélanges A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, politique, 1974, p. 622.

(7) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 2009, 10^e éd., p. 214, n° 202.

(8) V. G. Chantepie qui distingue les conditions générales des contrats-types, G. Chantepie, « De la nature contractuelle des contrats-types » : RDC 2009, p. 1233 et s.

(9) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 2012, 15^e éd., p. 153, n° 178. Comp. : J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, LGDJ, 2013, t. 1, 4^e éd., p. 507, n° 699, qui sont plus modérés.

non négociées. La proposition n'a finalement pas séduit le législateur.

Que fait-on également d'un contrat conclu sur la base de conditions générales de vente non négociées auxquelles répondent des conditions générales d'achat non négociées ? Si on se limite aux termes de l'article 1110, alinéa 2, on a affaire à un contrat composé de conditions générales déterminées à l'avance par chacune des parties. À moins de considérer que l'existence de deux séries de conditions générales rend le contrat de gré à gré ?

Autre interrogation à propos de certains contrats immobiliers proposés par les notaires. Ces derniers utilisent souvent les conditions générales pré-rédigées que mettent à leur disposition des prestataires de services tels que Fiducial ou Génapi. Seules les conditions particulières, les stipulations essentielles, sont négociées. Ces conditions générales sont en quelque sorte déterminées à l'avance et unilatéralement par le conseil du vendeur qui les fait siennes, conditions générales auxquelles l'acheteur ne fait qu'adhérer. Tout peut être plaidé : c'est bien l'une des parties qui a non pas rédigé mais déterminé unilatéralement les conditions générales, avec le relais du notaire, conditions générales auxquelles adhère le cocontractant sans négociation. À moins de considérer que c'est le notaire qui

rédige l'acte, tierce personne, qui exclut alors la qualification de contrat d'adhésion, ce qui peut être défendu.

Précautions pratiques. À l'avenir, il faudra prendre garde aux fausses négociations. On imagine bien certains partenaires mal intentionnés organiser de multiples réunions fictives ou envoyer de faux messages pour laisser croire à l'existence d'une négociation. Pour échapper à cette qualification, les parties devront non seulement négocier, réellement, leurs contrats mais également le faire voir et le faire savoir. En d'autres termes, les avocats et les notaires rédacteurs d'actes devront conserver les preuves qui en attestent (réunions, mails, courriers...).

Le contrat d'adhésion tout droit sorti de l'esprit d'un auteur, Raymond Saleilles, a été modelé par la doctrine du XX^e siècle, réceptionné par le législateur contemporain, pour être en aval dans les mois et les années à venir clarifié par la jurisprudence. Rappelons-nous les sages conseils de Portalis car l'œuvre de la jurisprudence devrait être hardie : « La science du magistrat est de mettre ces principes (ceux de la loi) en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi – quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude ».