



RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations entre en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Retrouvez chaque semaine un commentaire des principales innovations issues de l'ordonnance

776

Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil

POINTS-CLÉS → Face à la définition nouvelle de l'article 1110, deux attitudes sont possibles : respecter l'esprit de la loi ou solliciter sa lettre contre lui → L'extension de la catégorie pourrait emprunter deux voies principales : la première prendrait appui sur le critère de la pré-rédaction ; la seconde sur l'absence ou l'insuffisance de négociation → Les différentes variétés de contrats déséquilibrés doivent être distinguées, non pas pour restreindre idéologiquement la protection des parties faibles, mais pour adapter techniquement cette protection à la spécificité de ces divers types contractuels



François Chénéde,
professeur à l'université Jean
Moulin Lyon III

Un siècle après sa découverte doctrinale, le contrat d'adhésion va faire son entrée dans le Code civil. Son passé permettant d'éclairer son avenir, un bref **rappel historique** ne sera pas inutile. C'est à Raymond Saleilles que l'on doit d'avoir identifié et nommé ces conventions dans lesquelles « il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat ». Il s'agissait « de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemin de fer, et de tous les contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective », tels les contrats proposés par les puissantes compagnies d'assurance. Ces

conventions de masse, Saleilles proposa de les « appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion » (*R. Saleilles, De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand : Pichon, 1901, p. 229-230*).

Il restait à réaliser la modélisation juridique de cette réalité économique nouvelle. Ce travail fut entrepris par de jeunes docteurs, qui édifièrent, en quelques années à peine, l'entier régime juridique du contrat d'adhésion (sur ce travail prétorien exemplaire, V. F. Chénéde, *Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion : RDC 2012, p. 1017*).

Loin de se cantonner à la lecture politique et superficielle du phénomène, et de céder ainsi à la facilité d'un discours purement idéologique, ces auteurs ont fait œuvre de juristes en commençant par identifier avec minutie la source potentielle de l'abus. Ils ont observé que le risque ne provenait pas des prestations principales, qui étaient souvent jugées satisfaisantes, et même avantageuses pour le consommateur, mais des clauses accessoires, nombreuses, peu claires, pas ou peu lues, qui pouvaient venir subrepticement déséquilibrer le contrat au détriment de l'adhé-

rent (clauses limitatives de responsabilité, clause de résiliation, de déchéance, etc.). Pour éviter ou sanctionner ces abus, ces auteurs ont imaginé deux mesures principales : l'interprétation des clauses ambiguës en faveur de l'adhérent ; l'éviction des clauses abusives au nom de l'ordre public, de la bonne foi, de l'équité, de l'abus, ou même, sous l'influence du § 138 du BGB, des bonnes mœurs. Ces deux règles ont progressivement intégré le droit positif, jusqu'à leur consécration imminente dans le Code civil.

La **règle d'interprétation in favorem a été très tôt adoptée en jurisprudence** (*Cass. req., 16 déc. 1895 : S. 1899, I, p. 387*. - *Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1974, n° 73-13.482 : Bull. civ. 1974, I, n° 271*), avant d'être consacrée, un siècle plus tard, dans le Code de la consommation (*L. n° 95-96, 1^{er} févr. 1995 ; C. consom., art. L. 211-1, al. 2*). Le nouvel article 1190 la généralise, en réservant la règle *contra creditorem* aux contrats négociés : « 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 » (*C. civ., art. 1190*).

Force obligatoire des conventions oblige, **la règle d'éviction ne fut admise que par étapes**. La chasse aux clauses abusives fut d'abord lancée par des lois spéciales, propres à certains contrats d'adhésion : lois ouvrières pour le contrat de travail, loi de 1905 pour le contrat de transport, loi de 1930 pour le contrat d'assurance. En dehors de ces statuts légaux, la Cour de cassation rappelait aux juges du fond qu'il ne leur appartenait pas d'évincer les clauses d'un contrat dont l'adhérent avait pu prendre connaissance (V. par ex., *Cass. 1^{re} civ.*, 19 janv. 1982, n° 80-15.745 : *Bull. civ.* 1982, I, n° 29). Mais, après les lois spéciales, c'est le droit de la consommation qui entra en scène, en généralisant la lutte contre les clauses abusives à tous les « contrats conclus entre professionnels et consommateurs » (*C. consom.*, art. L. 132-1 ; *C. consom.*, art. L. 212-1, nouveau). Si le droit français a mis en avant la seule qualité des parties, la directive de 1993 ne faisait pas mystère du contrat visé par cette protection nouvelle : les contrats dont les clauses ne font pas l'objet d'une « négociation individuelle », c'est-à-dire les contrats d'adhésion.

Cette étape aurait pu être suffisante si les magistrats n'avaient pas restreint à l'excès le domaine de cette protection nouvelle. Après avoir estimé, conformément à l'intention du législateur de 1995 (V. *J.-P. Charié, Rapp. AN n° 1775, 7 déc. 1994*), que les professionnels pouvaient solliciter l'éviction des clauses abusives dans les contrats de consommation conclus en dehors de leur champ de compétence (contrat de fourniture d'eau, d'électricité, d'accès à internet, de systèmes d'alarmes, etc.), les hauts magistrats ont fait marche arrière en considérant que tous les contrats conclus dans le cadre de leur activité professionnelle – fussent-ils d'adhésion et extérieurs à celle-ci – seraient exclus de la protection consumériste (à l'origine de ce basculement, par l'emploi du critère du « rapport direct », V. *Cass. 1^{re} civ.*, 24 janv. 1995, n° 92-18.227 : *JurisData* n° 1995-000267 ; *Bull. civ.* 1995, I, n° 54). En assimilant le « consommateur » au « particulier », les juges ont perdu de vue la raison d'être de la protection contre les clauses abusives : la nature du contrat conclu (contrat d'adhésion), et non la qualité du

contractant (professionnel ou particulier). L'aporie du droit français se révélait suffisamment par l'exemple : comment justifier qu'un boucher ou un garagiste ne puisse bénéficier de la même protection qu'un étudiant ou son professeur de droit dans ses relations contractuelles avec son fournisseur d'électricité ou de téléphonie mobile ?

L'incohérence du droit positif s'est par la suite accentuée, puisque, ce que la Cour de cassation avait refusé sur le terrain adapté du droit de la consommation, elle l'a accordé sur le fondement dévoyé du droit commun, en sollicitant la défunte « cause » pour écarter différentes clauses abusives dans des contrats d'adhésion conclus par des professionnels : la clause « réclamation de la victime » dans les contrats d'assurance, la clause « dates de valeurs » dans les contrats de comptes bancaires, et enfin, la clause exagérément limitative de responsabilité dans le contrat de transport rapide. On aura reconnu la fameuse jurisprudence *Chronopost* (*Cass. com.*, 22 oct. 1996, n° 93-18.632 : *JurisData* n°1996-003942 ; *GAJ civ.* 2015, vol. 2, p. 105 s. et réf. citées).

À la suite des Avant-projets Catala (art. 1122-2) et **Terré** (art. 67), le Gouvernement a souhaité mettre fin à cette situation paradoxale, en consacrant le principe de l'éviction des clauses abusives dans le Code civil. Conformément à la raison d'être de cette protection, la Chancellerie l'a cantonnée, sur le modèle de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, aux seules stipulations accessoires, en excluant le contrôle de l'équilibre des prestations principales, c'est-à-dire la sanction de la lésion. En revanche, et de façon étonnante, le projet d'ordonnance autorisait son application à tous les contrats. Cette solution fut quasi-unanimement dénoncée. Sauf à vouloir ruiner la sécurité des échanges, et transformer le droit français en épouvantail, il n'était pas concevable d'admettre l'éviction judiciaire de clauses librement négociées par les parties à un contrat de gré à gré. Deux voies de cantonnement étaient envisageables.

Première voie : limiter le contrôle de l'abus aux seules « clauses non négociées » (*F. Bi-*

cheron, N'abusons pas de la clause abusive : Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120 ; *É. Savaux, Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170 : JCP G 2015, suppl. au n° 21 du 25 mai, spéc. p. 25 ; LPA 4 sept. 2015, p. 70, obs. N. Sauphanor-Brouillaud*). Adoptée par les Principes du droit européen du contrat (art. 4 : 110), c'était également la voie préconisée par les Avant-projets *Catala* et *Terré*.

Seconde voie : restreindre son domaine d'application aux seuls « contrats d'adhésion » (*R. Boffa, Juste cause (et injuste clause) : D.* 2015, p. 335, spéc. n° 21 ; *T. Revet, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés : D.* 2015, p. 1217, spéc. n° 12 ; *F. Chénéde, Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme : D.* 2015, p. 1226, spéc. n° 8). C'est la solution retenue par le Gouvernement, sans doute pour donner un supplément de vie à cette catégorie qu'il venait de consacrer dans le Code civil (*C. civ.*, art. 1110), et qui ne commandait, dans le projet, que l'interprétation *in favorem* (*C. civ.*, art. 1190).

La conception retenue du « contrat d'adhésion » sera donc lourde de conséquences. Trop stricte, elle fera obstacle à la protection souhaitée par le Gouvernement. Trop large, elle ruinera la sécurité des échanges recherchée par la réforme. Les modifications apportées à la définition initialement envisagée attestent que le législateur a eu à cœur d'éviter ce double écueil.

Définition légale du contrat d'adhésion.

Dans le projet, le contrat d'adhésion était défini comme celui « dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties » (*Projet de réforme, art. 1108, al. 2*). Sans être inexacte, cette définition apparaissait doublement imparfaite (sur ce point, V. *F. Chénéde, op. cit.*, n° 3).

D'une part, la référence aux « stipulations essentielles » mettait l'accent sur les prestations principales, alors que ce sont les stipulations accessoires qui posent difficulté dans le contrat d'adhésion.

D'autre part, la référence à la « libre discussion » évoquait une autre catégorie de contrats asymétriques : les « contrats de dépendance » (sur lesquels, V. *G. Virasamy, Les contrats de dépendance : essai*

sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique : LGDJ, 1987), qui doivent être soigneusement distingués des contrats d'adhésion (sur lesquels, V. G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion* : LGDJ, 1973). Il ne s'agit plus de contrats de consommation de masse offerts à l'adhésion du public (fourniture d'énergie, assurance, compte bancaire, téléphonie mobile, etc.), mais de contrats de production ou de distribution plaçant l'une des parties dans la dépendance économique de l'autre (affiliation, approvisionnement exclusif, franchise, etc.). La source de l'abus n'est pas la même dans ces deux types de conventions « déséquilibrées » (sur cette catégorie didactique, V. V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés* : PUAM, 2000 ; P. Catala, *Des contrats déséquilibrés in Études F.-Ch. Jeantet* : LexisNexis, 2010 ; T. Revet, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* : D. 2015, p. 1217). Dans le contrat d'adhésion, le consentement est moins insuffisamment libre qu'imparfaitement éclairé : satisfait du coût de la prestation principale, l'adhérent ne prend pas pleinement connaissance des clauses accessoires. Dans le contrat de dépendance, à l'inverse, le consentement est moins insuffisamment éclairé qu'imparfaitement libre : tributaire de la relation contractuelle, le dépendant est parfois contraint d'accepter des conditions désavantageuses, et ce, non seulement sur l'accessoire, mais également sur le principal, c'est-à-dire sur le montant des prestations réciproques et la durée de la relation contractuelle. Cette différence explique que le traitement de l'abus ne soit et ne doive pas être le même pour ces deux types de contrat (V. *infra*).

Pour définir plus justement le contrat d'adhésion, il convenait donc d'identifier plus précisément son élément caractéristique, qui réside dans la *détermination unilatérale et définitive des conditions générales du contrat*, que l'adhérent ne peut refuser sans renoncer à la conclusion de la convention. Autrement dit, son critère d'identification n'est pas le défaut de liberté ou l'insuffisance des négociations, mais l'*absence* et l'*impossibilité* même de celles-ci, le contrat d'adhésion étant rédigé *in globo* et *ne varietur*. C'est tout ce qui sépare un contrat

de téléphonie mobile (contrat d'adhésion) d'un contrat d'affiliation (contrat de dépendance). Cette conception du contrat d'adhésion apparaissait en filigrane dans la définition suggérée par l'Avant-projet *Catala* : « 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 » (*art. 1102-5*). Nous en avons proposé une version légèrement simplifiée : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » (*préc. supra*). Consacrée au nouvel article 1110, cette définition a été substituée à celle du projet.

Deux attitudes sont désormais possibles : respecter l'esprit de la loi ou solliciter sa lettre contre lui.

Le respect de l'esprit de la loi. Si l'on suit la première voie, la détermination des contours du contrat d'adhésion, et donc du domaine d'application de la protection nouvelle, ne posera que peu de difficultés : elle sera cantonnée aux clauses abusives qui se nichent dans les conditions générales pré-rédigées et intangibles des contrats de consommation, et ce, sans distinguer, c'est la nouveauté de la réforme, selon que le rédacteur ou l'adhérent a la qualité de particulier ou de professionnel (en ce sens, V. S. Gaudemet, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil* : *Contrats, conc. consom.* 2016, *étude* 5, *spéc. n° 7*).

Pour avoir une idée du périmètre principal du contrat d'adhésion, on peut donc utilement se reporter au contentieux de l'article L. 132-1 du Code de la consommation et aux recommandations de la Commission des clauses abusives. Les contrats de fourniture d'eau, d'accès à l'Internet, de téléphonie mobile, d'abonnement satellite, d'assurance, de déménagement, de télésurveillance, de crédit immobilier, de crédit à la consommation, de location de véhicule, de contrôle technique, de coffret ou encore d'abonnement autoroutier. Telles sont les principales illustrations du contrat d'adhésion, dont les clauses peuvent échapper à la sagacité, non seu-

lement d'un particulier, mais également d'un professionnel, qui ne peut que se réjouir de cette protection nouvelle.

Il faudra ajouter à ces contrats de consommation offerts à tous, les contrats d'adhésion proposés aux seuls professionnels. Citons, à titre d'exemple, les contrats de comptes bancaires professionnels, de location financière, d'assurance professionnelle, de gardiennage, ou encore de maintenance informatique. Certains de ces contrats d'adhésion ont déjà été exclus du domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, au motif qu'ils n'instauraient pas de véritable « partenariat » entre les contractants. Tel est le cas, par exemple, du contrat de location de site internet conclu par un conseiller en gestion de patrimoine (*CA Paris, pôle 2, ch. 2, 6 mars 2015, n° 13/20879* : *Comm. com. électr.* 2015, *comm.* 41). Logiquement privé de la protection du droit commercial, pensée pour les contrats de dépendance, le professionnel pourra désormais se prévaloir de celle du droit civil, adoptée pour ce type de contrat d'adhésion.

Pourront également être soumis à l'article 1171 du Code civil, les contrats d'adhésion conclus entre particuliers. La figure ne sera pas la plus courante. Elle pourrait néanmoins se développer à la faveur du développement de l'économie numérique dite collaborative. Tel est d'ailleurs l'exemple donné par le communiqué de presse de la Chancellerie pour illustrer l'utilité de cette protection nouvelle : « Cas concret : j'ai loué un appartement pour mes vacances sur *Airbnb*, et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans mon accord et sans indemnité. Grâce à la réforme, je pourrai demander au juge de supprimer la clause » (*Chancellerie, communiqué, 11 févr. 2016*).

Sans négliger les inévitables difficultés qui accompagnent l'application d'une loi nouvelle, et les éventuels cas complexes ou limites dont pourraient avoir à connaître les magistrats, il apparaît que le respect de la conception du contrat d'adhésion exprimée par l'article 1110 permettrait de circonscrire assez facilement les contours de la protection nouvelle.

L'exploitation de la lettre de la loi. Il est toutefois possible d'emprunter une autre voie, et de faire totalement abstraction des raisons qui ont conduit à cette rédaction, en observant que cette définition, qui « est loin d'être claire », laisse autant de questions en suspens qu'elle ne comporte de termes (sur ces questions, V. O. Deshayes, *La formation des contrats : RDC 2016, hors-série, p. 28*). À quelques semaines de l'entrée en vigueur du droit nouveau, on préférera néanmoins ne pas alimenter le contentieux et les inquiétudes de la pratique, mais plutôt encourager les magistrats à respecter, derrière la volonté du législateur, la raison d'être de cette protection nouvelle, en refusant de l'étendre au-delà du contrat d'adhésion visé par le texte.

L'extension de la catégorie semble pouvoir emprunter deux voies principales : la première, qui prend appui sur le critère de la pré-rédaction, est peut-être la moins probable ; la seconde, qui met en avant l'absence de négociation, est sans aucun doute la plus tentante.

On a tout d'abord pu suggérer que la nouvelle définition légale du contrat d'adhésion permettrait d'accueillir en son sein les contrats standardisés (V. par ex., G. Durand-Pasquier, *Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme : JCP N 2016, n° 13, 1113* ; V. aussi, quoique de façon plus dubitative, D. Fenouillet, *Le juge et les clauses abusives : RDC 2016, p. 358, n° 30 in fine*), c'est-à-dire les contrats rédigés sur la base de « formulaires » ou de « contrats types » (sur lesquels, V. G. Chantepie, *De la nature contractuelle des contrats-types : RDC 2009, p. 1233 s.*). Le simple emploi d'un modèle contractuel n'a pourtant rien de commun avec la « détermination à l'avance des conditions générales par l'une des parties » caractéristique des contrats d'adhésion. Pour le dire par l'exemple, la vente immobilière ne saurait être qualifiée de contrat d'adhésion pour la simple raison que les notaires ou les parties ont habituellement recours à des modèles, hier pré-imprimés, aujourd'hui pré-tapés, pour faciliter la rédaction de l'acte. La fameuse clause exclusive de garantie des vices cachés (ou clause de « vente

en l'état ») ne devrait donc rien avoir à craindre du nouvel article 1171. Le rejet de la qualification de « contrat d'adhésion » ne tient pas seulement, ni même principalement d'ailleurs, à l'éventuelle intervention du notaire. Elle s'explique avant tout par le fait que le caractère « standardisé » de la convention ne suffit pas à spécifier le contrat d'adhésion. Il faut encore que ce standard, rédigé ou proposé par l'une des parties, ne puisse être négocié et modifié. Telle est la réalité des « conditions générales » mentionnées à l'article 1110. Ne confondons pas le « modèle » et le « règlement », l'« adoption » et l'« adhésion ».

En employant les termes de « règlement » et d'« adhésion », nous courrons toutefois le risque d'alimenter d'autres extrapolations. Le règlement de copropriété et les statuts d'une société ou d'une association ne pourraient-ils pas être qualifiés de contrats d'adhésion ? Leur contenu n'est-il pas pré-déterminé ? Leurs clauses ne s'imposent-elles pas à l'acheteur du lot, au cessionnaire de parts et au sociétaire de l'association ? Comme la précédente, cette surexploitation - d'une partie - de la lettre de l'article 1110 ne peut qu'être rejetée. Peut-on sérieusement penser que les clauses de ces contrats-organisation sont, au sens de ce texte, des « conditions générales (...) déterminées à l'avance par l'une des parties » ? N'est-il pas évident que l'on est ici très loin du modèle contractuel que le législateur avait à l'esprit lorsqu'il s'est proposé de réglementer le « contrat d'adhésion » ? Le droit du contrat d'adhésion n'est d'ailleurs guère adapté à ce type de conventions : opposables et invocables par tous les contractants, les clauses des statuts et règlements ne créent pas de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » (les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés ont d'ailleurs été exclus du domaine de la protection contre les clauses abusives par le législateur communautaire). Cela ne signifie nullement que les clauses de ces contrats ne sont justiciables d'aucun contrôle. Ces contrôles relèvent seulement d'une autre logique. Sont ainsi réputées non-écrites, pour s'en tenir à cet exemple, les clauses du règlement de copropriété qui imposent des restrictions aux droits des coproprié-

taires non « justifiées par la destination de l'immeuble » (L. n° 65-557, art. 8, I, al. 2).

Dans une autre direction, on a également pu suggérer que l'« exégèse » de l'article 1110, pour tant adopté pour éviter cette confusion (V. supra), permettrait de ranger les « contrats de dépendance économique », et plus largement les « contrats d'affaires entre parties qui n'ont pas la même puissance économique », parmi les contrats d'adhésion (V. M. Mekki, *Fiche pratique sur les contrats d'adhésion : Gaz. Pal. 22 mars 2016, n° 12* ; rapp. D. Fenouillet, *préc., spéc. n° 23 et n° 30*, qui en appelle à « la logique qui a présidé au texte »). Cette sollicitation de la lettre du texte contre son esprit ne paraît pas plus opportune.

Les catégories juridiques n'étant pas un « donné » mais un « construit », rien n'interdit de défendre telle ou telle conception du contrat d'adhésion, et d'estimer que cette catégorie devrait recouvrir, non seulement les contrats de consommation, mais également les contrats de dépendance, et même, pourquoi pas, tous les contrats déséquilibrés (sur ce point, V. V. Forti, *Le déséquilibre significatif dans les projets français et espagnol de réforme du droit commun des contrats : délimitation du domaine in La recodification du droit des obligations en France et en Espagne : LGDJ, 2016, p. 179 s.*). En faveur de cette conception extensive, on pourrait d'ailleurs observer, à la suite d'un auteur (M. Béhar-Touchais, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil : JCP G 2016, act. 391*), que les magistrats ont déjà qualifié certains contrats de dépendance – faute de mieux – de « contrats d'adhésion » (V. not. Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, pour un contrat liant le fournisseur à une centrale d'achat).

Au rebours de cette approche indifférenciée, on peut néanmoins préférer, comme le législateur l'a semble-t-il souhaité, affiner l'analyse en distinguant les différentes variétés de contrats déséquilibrés, non pas pour restreindre idéologiquement la protection des parties faibles (l'adhérent et non le dépendant), mais uniquement pour adapter cette protection aux spécificités de ces deux types contractuels. L'adhé-

sion irréfléchie aux conditions générales d'un fournisseur de services ou de biens (contrat d'adhésion) n'est pas la soumission forcée aux conditions particulières d'un distributeur ou fournisseur (contrat de dépendance).

Ces deux situations appellent des réponses différentes, comme en témoigne d'ailleurs le droit positif (sur ce point, V. R. Saint-Esteben, *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels contre les clauses abusives* : RDC 2009, p. 1275, spéc. n° 10 ; R. Amaro, *Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation* : Contrats, conc. consom. 2014, étude 8, spéc. n° 4 et n° 6 ; F. Chénéde, Raymond Saleilles, *Le contrat d'adhésion*, op. cit. spéc. n° 18).

Il est en effet plus qu'approximatif de présenter l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce comme le pendant ou l'équivalent, dans les relations professionnelles, de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Loin d'être contingentes, leurs différences de régime traduisent la spécificité de ces deux types de contrats. Dans les contrats de dépendance, le consentement n'est pas irréfléchi, mais contraint, ce que traduit l'exigence de la « soumission » ou de la « tentative de soumission ». Tandis que l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation n'est pas conditionnée à la preuve du défaut de négociation (par définition impossible dans les contrats d'adhésion rédigés *ne varietur*), la cour d'appel de Paris et la Commission d'examen des pratiques commerciales rappellent régulièrement que l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce suppose la vérification préalable de l'absence de négociation réelle entre les parties. Surtout, dans ces contrats de dépendance, ce ne sont pas seulement les stipulations accessoires, mais aussi les prestations principales, et notamment le prix, qui peuvent être arrachés au contractant dépendant. C'est la raison pour laquelle le législateur, et les tribunaux après lui, n'ont pas cantonné le contrôle du déséquilibre

significatif aux clauses accessoires (pour le contrôle du prix en application de C. com., art. L. 442-6, V. CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° 12/01166. – CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n° 13/11059. – CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251 : *JurisData* n° 2015-016920). C'est uniquement parce qu'ils n'avaient pas perçu la spécificité du contrat de dépendance par rapport au contrat d'adhésion, que certains avaient cru pouvoir dénoncer le prétendu paradoxe d'une plus grande protection du professionnel.

Et ce qui vaut pour les contrats de dépendance vaut pour les autres conventions conclues entre des parties de forces inégales. Tel est le cas, pour s'en tenir à cet exemple, du contrat d'édition ou de tout autre contrat d'exploitation de droits d'auteur. Il ne fait aucun doute que l'éditeur ou l'exploitant de l'œuvre se trouve habituellement dans une position dominante. Il est tout aussi fréquent que le contrat soit pré-rédigé par lui. Il n'en demeure pas moins que nous ne sommes pas en présence d'un contrat d'adhésion au sens du nouvel article 1110 du Code civil. Il ne s'agit pas d'un contrat de masse, proposé à l'adhésion d'une catégorie indéterminée ou générale de contractants, dont les « conditions générales » sont définitivement arrêtées (comp. M. Guillemain, *La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur* : JCP E 2016, 1368, spéc. n° 11, recommandant la qualification de « contrat d'adhésion », tout en reconnaissant l'absence de telles « conditions générales »). Dire cela n'est pas méconnaître les abus rendus possibles par cette relation asymétrique. Loin de les négliger, le législateur les a déjà pris en compte, non seulement en encadrant strictement le contenu de ces contrats, mais également en admettant la prise en compte de la lésion et de l'imprévision (CPI, art. L. 131-5). Comme dans les contrats de dépendance, et à la différence des contrats d'adhésion, le risque est en effet que le contractant en position dominante se taille la part du lion, non pas sur l'accessoire, mais sur le principal.

Ces contractants dépendants et/ou de moindre puissance économique n'ont d'ailleurs pas rien à espérer de l'ordonnance de 2016. Plutôt que l'article 1171 du Code civil et le droit des clauses abusives, c'est l'article 1163 et le nouvel abus de dépendance, qu'ils devraient songer à invoquer contre les conditions draconiennes dont ils sont parfois les victimes « consentantes ».

La question des contours du contrat d'adhésion, comme tant d'autres soulevées par cette réforme, invite à une **dernière réflexion de méthode**. Le nouveau droit des contrats contraint la doctrine civiliste à renouer avec un exercice qui ne lui était plus familier : l'« exégèse ». Le temps de la « libre recherche scientifique » reviendra. Confrontés à des situations non réglées ou prévues par le législateur, il appartiendra encore à la jurisprudence, c'est-à-dire à l'action combinée de la pratique, de la doctrine et de la magistrature, d'adapter le droit de 2016 aux réalités particulières ou nouvelles. Sans doute trop habituée à ce travail prétorien, qui était devenu son pain quotidien, la doctrine du droit des contrats paraît aujourd'hui tentée par une exégèse d'un genre nouveau, qui consisterait, non plus à expliciter le sens de la loi, mais à imaginer, si besoin contre sa lettre ou son esprit, toutes les sollicitations possibles de celle-ci. Que l'on songe, parmi tant d'autres exemples glanés ici et là, à la prétendue remise en cause de la jurisprudence *Baldus* en raison de la déconnexion de la réticence dolosive et du devoir précontractuel d'information (C. civ., art. 1137), alors même que le Rapport au président de la République confirme la volonté du législateur - déjà explicite - de consacrer cette jurisprudence au titre des limites du devoir d'information (C. civ., art. 1112-1). Cette démarche, plus contentieuse que prétorienne, dont les ressorts mériteraient d'être sondés, n'est pas sans danger. Espérons que les juges sauront s'en détourner, notamment lorsqu'ils auront à connaître du nouvel article 1171 du Code civil. ■