

Université de Montréal

Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion)

par Marc-Antoine Picotte

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de LL. M.

Décembre 2018

© Marc-Antoine Picotte, 2018

Le résumé en français et les mots clés français

Le présent mémoire a trait à la notion de contrat par adhésion. L'auteur propose une construction théorique de cette notion en remettant en cause le caractère contractuel de cet acte juridique. Loin de l'exclure du droit privé, il nous invite à en faire un acte hybride, c'est-à-dire une première partie contractuelle et une seconde qu'il qualifie de clauses à contenu imposé. Ce changement de paradigme a pour objet de favoriser un meilleur contrôle public des clauses à contenu imposé. Il s'agit, plus globalement, d'un essai sur la définition du contrat et d'une réflexion sur la façon dont on qualifie les concepts en droit privé.

Contrat, adhésion, clause, jurilinguistique, volontarisme, solidarisme, autonomie, volonté, liberté et conditions générales.

Le résumé en anglais et les mots clés anglais

The subject of this thesis is related to the contract of adhesion.

Contract and adhesion.

La table des matières

Le résumé en français et les mots clés français	ii
Le résumé en anglais et les mots clés anglais	iii
La table des matières	iv
La liste des abréviations	vi
Les remerciements	vii
Introduction.....	1
Partie I : La notion de contrat.....	10
I. L'autonomie de la volonté.....	14
II. La (les) définition(s) du contrat	18
Chapitre I : La liberté	20
Section I : La liberté contractuelle.....	22
Section II : Les restrictions à la liberté	25
Chapitre II : La volonté.....	28
Section I : Qu'est-ce que la volonté?	31
Section II : La volonté est un pouvoir délégué aux parties qui doit se conformer au juste	33
La conclusion de la première partie	35
Partie II : Le contrat par adhésion.....	37
I. La définition du contrat par adhésion.....	39
II. Le contrat par adhésion ou le déséquilibre contractuel inévitable?	46
III. Le contrat par adhésion par nécessité et par utilité sociale	51
Chapitre I : La liberté et la volonté dans le contrat par adhésion	54
Section I : La liberté dans le contrat par adhésion	58
Sous-section I : Le choix de contracter ou de ne pas contracter	59
Sous-section II : Le choix de sa cocontractante	63
Sous-section III : Le choix de déterminer le contenu ou la forme du contrat.....	65
Section II : La volonté dans le contrat par adhésion	68
Chapitre II : L'hybridité de l'acte	75
Section I : La volonté réelle des contractantes	79
Section II : Les clauses à contenu imposé.....	82
La conclusion de la seconde partie	90
Conclusion.....	92

TABLE DE LA LÉGISLATION	95
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	96
BIBLIOGRAPHIE	97

La liste des abréviations

§	Paragraphe
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
c.	Contre ou chapitre
<i>C. de D.</i>	Cahiers de droit
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.A.	Cour d'appel du Québec
coll.	Collection
<i>Contrats, conc. consom.</i>	Revue contrats, concurrence, consommation
CSC	Cour suprême du Canada
dir.	Sous la direction de
éd.	Édition
<i>Id.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro(s)
p.	Page(s)
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
P.U.M.	Presses de l'Université de Montréal
par.	Paragraphe
<i>R.D. McGill</i>	Revue de droit de McGill
<i>R. du N.</i>	Revue du notariat
<i>R.J.T.</i>	Revue juridique Thémis
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RJTUM</i>	Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant(s)
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
v.	<i>Versus</i> (contre)
vol.	Volume

Les remerciements

La rédaction de cette (trop!) brève section marque la fin de mes études de deuxième cycle. Cette étape m'aura non seulement permis d'acquérir des connaissances des plus stimulantes, mais également – et peut-être surtout – de faire des rencontres hautement florissantes. Arnaud, Gabriel, Hélène, Jérémie, Julien, Kevin, Mathieu et Shana : vous trouverez en filigrane du présent mémoire le reflet de nos discussions et de nos réflexions. Merci de votre temps, de votre générosité et de votre bienveillance; sachez que nos débats m'auront alimenté et motivé – que cela vous plaise ou non...

Si je peux enfin rédiger ces quelques lignes, c'est en grande partie grâce à mon directeur de recherche, l'honorable professeur Benoît Moore. Benoît, je tiens à te remercier de ton altruisme débordant; tes conseils et ta bonté m'ont permis de mener à terme ce projet. Ton dévouement envers tes étudiant·e·s et ton professionnalisme sont contagieux et t'honorent. Merci pour tout.

Je ne saurais passer sous silence l'appui indéfectible de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil et de sa titulaire, la professeure Brigitte Lefebvre. Brigitte, nos échanges et ta confiance envers moi constituent des facteurs significatifs ayant mené à la rédaction de ce mémoire. Un merci tout spécial à la Faculté de droit de l'Université de Montréal ainsi qu'à la Fondation Claude Masse de leur appui financier. Ce dernier appui est d'autant plus estimé qu'il provient d'une fondation qui fait la promotion de thèmes et de principes qui me sont chers.

Vous me permettez également de souligner l'apport inestimable de certain·e·s professeur·e·s qui ont nourri mon cursus scolaire. Dans un premier temps, un merci particulier à André Bélanger. André, ton esprit sagace et critique fait de toi un être respectable, comme l'entendait Bourgault. Merci de ton abnégation et de ton amitié. Dans un deuxième temps, je tiens à remercier Marie-Élaine Savard et Christian Bouchard de leur passion contagieuse de la langue française. Cet exercice n'aurait pas été possible sans vos enseignements empreints de rigueur et d'érudition.

Mes derniers remerciements vont à mes ami·e·s et à ma famille. Je pense particulièrement à Jasmine, à Samuel et aux autres qui se reconnaîtront. Votre amitié et vos encouragements m'ont été salutaires, et je vous en suis profondément reconnaissant. Finalement, maman, papa et toi, ma chère Marie-Christine : pour votre patience intarissable, votre soutien inestimable et votre amour inconditionnel, je vous dis merci. Votre contribution est plus grande que vous ne le croyez. Retrouvez ici l'expression de mon intime affection. Je vous aime.

Introduction

*Cuba coule en flammes au milieu du lac Léman
pendant que je descends au fond des choses.*

Hubert Aquin, *Prochain épisode*

Le contrat peut-il être un outil d'exploitation de l'humaine¹ par l'humaine? Peut-il permettre l'enrichissement injuste d'une contractante au profit d'une autre? Telles étaient les questions formulées par Ripert en 1949². Bien loin de tomber en désuétude, elles sont plus que jamais pertinentes en cette ère d'hypercontractualisation.

Parler de contrat, c'est, certes, parler de droit. Mais c'est aussi parler de société, d'économie et d'anthropologie. Comme le soulignait à juste titre Crépeau, le droit des obligations représente « la vie de tous les jours mise en équation juridique³ ». Notre analyse et notre positionnement idéologique⁴ vis-à-vis du droit des contrats varieront en fonction de nos visées sociales⁵, c'est-à-dire que sous le couvert du positivisme et de la neutralité de la juriste se cachent une culture et un bagage qui en teintent l'analyse. De là découlent les divers débats en doctrine ayant eu lieu sur une myriade de questions relevant du droit des obligations⁶.

Cette hétéronomie explique également le fait que le contrat ne soit pas un concept immuable et statique. Il existe une interaction constante entre la notion de contrat et

¹ Le soussigné a volontairement choisi de féminiser les termes utilisés dans le présent mémoire, et ce, même si cela entraînait certaines malséances – particulièrement lorsqu'il sera question des codificatrices. Il importe de souligner que ce choix ne cherche pas à dicter une façon de faire ou encore moins à nous mettre à l'avant-plan. Nous sommes conscient que l'écriture épiciène, inclusive ou féminisée représente une lutte idéologique et qu'il appartient aux femmes de la mener à l'avant-scène. Notre prise de position n'est donc qu'un appui dans ce qui nous paraît être un déséquilibre trop bien ancré. Cela dit, nous souhaitons que ce positionnement alimente – ou en soit l'amorce pour certaines – le débat voulant que le féminin soit trop souvent effacé de nos textes et que l'écriture actuelle ne soit pas neutre.

² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 39.

³ P.-A. CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 732.

⁴ D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation : Nouvelles frontières? », dans *Études de droit de la consommation. Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 697, à la page 700.

⁵ C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la page 176 : « Quand ils raisonnent sur le droit des contrats, les juristes charrient avec eux une culture plus ou moins consciente, un sens commun, des réflexes, des préjugés, un savoir-faire etc. qui affectent le regard qu'il porte sur lui. »

⁶ À titre d'exemple, soulignons simplement les débats ayant trait à la lésion entre personnes majeures, à l'imprévision dans le contrat, à la notion de bonne foi, à l'abus de droit, etc.

l'évolution de la société dans laquelle elle se définit⁷. Les juristes s'efforcent ainsi d'analyser le contrat en fonction de leurs observations des rites et des valeurs du temps.

Il va sans dire que la société actuelle subit de *rapides* et de profonds changements : les frontières s'effritent, le temps s'accélère et l'espace s'étrique. Dans ces circonstances, il serait impensable, en raison du « besoin » (conditionné) de souplesse et de *rapidité* des contractantes contemporaines, que la technique contractuelle du formalisme romain⁸ soit toujours en place de nos jours. L'accélération du rythme de la vie impose une plus grande flexibilité dans notre façon de contracter. De fait, dans un texte où il se questionnait à savoir si la législatrice québécoise – par extension, la législatrice française encore plus récemment – n'avait pas oublié de considérer le bouleversement du temps lors de sa réforme du code en 1994, le professeur Bélanger soulevait le paradoxe voulant qu'on contracte plus fréquemment et plus rapidement, mais que nous avons de moins en moins de temps pour le faire⁹. Si cette accélération n'est pas nouvelle, elle aurait en revanche une nouvelle fin. En effet, le sociologue et philosophe Hartmut Rosa soutient que si nous accélérions dans la période de la modernité classique afin de poursuivre un idéal, nous accélérions aujourd'hui sans but¹⁰. Cela n'est sans doute pas étranger à notre propension à la surproduction et à la surconsommation.

Au-delà de ces exemples illustrant l'osmose entre contrat et société, pourquoi devrait-on s'intéresser au temps dans le présent essai? Parce qu'il est à la base de la formation des contrats. Nous le verrons¹¹, le contrat est volonté et qui dit volonté dit réflexion, qui elle nécessite *temps*. Ce constat, formulé en question, prendrait la forme suivante : « Les contractants peuvent-ils encore exprimer une volonté libre et éclairée dans cette

⁷ À titre d'exemple, voir les travaux de M. Niort sur ce point : J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 2, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

⁸ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 148 et L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765, 768. Voir également J.-G. BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., p. 195, à la page 202 : « On ne peut saisir la signification du contrat comme normativité correspondant à une réalité spatiotemporelle spécifique qu'en établissant ses liens de conjonction avec l'ensemble des normativités qui ont cours dans un contexte global dont l'étendue devrait en principe correspondre à un espace-temps capable d'inclure toutes les forces influant significativement sur l'échange économique considéré ».

⁹ A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 129.

¹⁰ A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 124.

¹¹ Voir *infra*, chapitre II, partie I.

course permanente¹² »? Ou encore, pour les moins optimistes (ou les plus réalistes?) d'entre nous, voulons-nous toujours prendre le temps de contracter¹³?

Quoi qu'il en soit, et manifestement, la libre circulation des biens est embrassée dans notre économie qui, contrairement à l'étymologie du mot, n'a rien d'autarcique¹⁴. À vrai dire, la société capitaliste et libre-échangiste se nourrit de l'échange. L'échange, en termes juridiques, n'est rien d'autre que le contrat. Ce dernier est indispensable à l'existence de cette société. D'ailleurs, cette vision est partagée par des autrices extérieures à ce régime. En effet, la propriété privée et la circulation des biens sont la base de l'économie qui « en dépend¹⁵ », soutient-on. Le fait d'édifier une théorie du contrat signifie non seulement d'y imprégner des valeurs sociétales – pour ne pas dire socioéconomiques –, mais aussi d'encadrer ces échanges. Cela nous ramène à l'idée voulant que le droit des contrats ne soit pas neutre¹⁶. Depuis l'entrée en vigueur du Code Napoléon, les débats concernant ces valeurs à y insuffler et le niveau d'encadrement des échanges ont été nombreux, particulièrement quant à l'intervention de la législature dans les conventions privées. Deux courants de pensée dominants émergent : celles défendant l'individualisme¹⁷ et les autres prônant une vision sociale. Pour les défenseuses d'une doctrine individualiste, la société, agrégat d'individues isolées et bénéficiaires de droits, doit protéger la liberté contractuelle, l'autonomie des individus et la force obligatoire des conventions. Elles donnent « le primat à la personne sur la société¹⁸ » : il s'agit d'une vision atomistique de la société¹⁹. En revanche, pour les tenants d'une doctrine sociale, la société doit être vue globalement et elle aurait pour mission d'assurer l'équité, la justice et l'équilibre²⁰. La figure du yin et du yang a été utilisée afin d'illustrer ce débat. C'est ainsi qu'au cours des années, on a

¹² A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 130.

¹³ A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 120.

¹⁴ J.-F. KERVÉGAN, « From Status To Contract. Variations sur un thème trop bien connu », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 93, à la page 97.

¹⁵ K. STOYANOVITCH, « La théorie du contrat selon Pachoukanis », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 89, 91.

¹⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016, p. 132.

¹⁷ Nous faisons référence ici non pas à l'individue idéalisée de 1789 – c'est-à-dire la citoyenne –, mais plutôt à l'individue contemporaine qu'on pourrait qualifier d'*homo œconomicus*.

¹⁸ M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 55.

¹⁹ Propos du professeur Samuel repris dans P. JESTAZ, « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243, à la page 259.

²⁰ P. JESTAZ, « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243, à la page 244.

pu observer les dualités suivantes : le volontarisme et la commutativité²¹, la liberté contractuelle et l'intérêt général²² ou encore les contractualistes et les solidaristes²³. Le professeur Chénéde retient deux citations bien connues des juristes pour résumer ce qu'il appelle le « conflit » : « Pour les volontaristes, la pensée maintes fois répétée d'Alfred Fouillée²⁴ : "*Qui dit contractuel dit juste*". Pour les solidaristes, la réplique de Raymond Saleilles : « Les juristes veulent pouvoir dire : "cela est juste parce que cela a été voulu". Il faut désormais que l'on dise « *cela doit être voulu, parce que cela est juste* »²⁵ ».

Plus récemment, une troisième voie²⁶ semble prendre place, soit celle de l'approche des droits fondamentaux et des libertés de l'humaine en matière de droit des contrats²⁷. Pour cette doctrine contractuelle, les inégalités sont à proscrire si on veut mettre en place un système financier mondial affranchi des frontières nationales. En fait, les seules inégalités acceptables seraient celles ayant trait à la richesse²⁸...

Cette troisième voie, que le professeur Jamin qualifie de *fondamentalisation* du droit civil, ce qui signifie que les droits fondamentaux saisiraient le droit des contrats et amèneraient inéluctablement des conséquences sur le droit civil, serait apparue il y a quelques décennies²⁹. Le professeur Jamin résumait ainsi les impacts de l'influence des droits fondamentaux sur le droit des contrats : « Or ce que révèle peut-être la

²¹ *Id.*

²² F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 155, 169.

²³ C. JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, Montréal, Thémis, 2005, p. 21.

²⁴ Une mise en garde s'impose : la professeure Louise Rolland nous rappelait que la célèbre phrase d'Alfred Fouillée, qui peut désormais être qualifiée d'axiome, devait être remise en contexte. La citation complète de Fouillée se lit ainsi : « En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit *organisme* dit *fraternité*, et qui dit *contractuel* dit *juste* », A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 115. La professeure Rolland soutient que les idées de Fouillée ont été mal interprétées dans la thèse de Gounot, et qu'elles se seraient répandues à l'aune de cette interprétation à travers la communauté juridique. Hélas, la plupart du temps, les citations s'ancrent dans les esprits non pas en fonction des idées initiales de leurs autrices, mais plutôt en fonction des idées de leurs interprètes. Voir L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765.

²⁵ F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 155, 170.

²⁶ On peut critiquer l'utilisation de cette expression en ce que ce mouvement ne pourrait être que l'avatar de la voie individualiste. N'étant pas l'objet principal de notre propos, nous nous en tiendrons à cette qualification.

²⁷ Voir à cet effet A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19.

²⁸ A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19, à la page 23.

²⁹ C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175, aux pages 180 et s.

fondamentalisation du droit civil, et ce que ne supportent pas les civilistes actuels, c'est que les théories générales inventées un siècle plus tôt par leurs prédécesseurs pourraient ne plus avoir aucune prise : alors qu'elles avaient permis de contenir la socialisation du droit civil, elles ne permettraient plus de domestiquer (civiliser) sa *fondamentalisation*³⁰ ».

Ces illustrations montrent donc que notre analyse variera inévitablement en fonction de notre bagage et de nos idéaux. L'étude de la juriste sera également influencée par sa vision du rôle que doit jouer l'État – non pas entendu au sens de l'exécutif, mais plutôt par l'intervention législative et par l'impact prétorien. D'aucunes estiment que cette intervention doit être minimale afin de faire respecter les libertés de toutes, alors que d'autres sont d'avis que l'État doit être proactif afin d'assurer une certaine égalité entre ses citoyennes. Pour illustrer cette dernière thèse, nous ferons nôtres les propos de Ripert : « C'est au législateur, puissance politique, qu'il appartient d'empêcher les abus de la puissance économique³¹ ».

Puisque l'équilibre se réalise par des déséquilibres successifs³², les XIX^e et XX^e siècles auront vu des prises de position tantôt individualistes, tantôt sociales. Lorsque le décalage entre les règles du contrat et les mœurs politico-philosophiques devient trop important en raison des changements sociétaux, on parle alors de crise du contrat³³, et une réflexion est de mise. Les constats relatifs au *temps* et aux récents bouleversements sociaux poussent-ils à conclure à une crise actuellement? Si l'on se fie aux professeurs Cadiet et Terré, le fait de reconnaître ces crises dépendrait d'une

³⁰ C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175, à la page 219. Effectivement, l'auteur identifie trois temps depuis l'avènement du Code civil français de 1804. D'abord, la période 1804-1830 marque une philosophie assez peu libérale du droit des contrats. Par la suite, on assiste au triomphe de l'individualisme entre 1830 et 1880. Enfin, à compter de 1880, les juristes françaises en seraient venues à socialiser le droit des contrats. Pour symboliser ces trois périodes, l'auteur identifie trois personnages, soit le citoyen, le commerçant et l'ouvrier respectivement. La deuxième période commence par la Monarchie de Juillet. Plusieurs lois relatives au commerce sont votées, comme la loi sur les faillites, sur les brevets, sur les chèques, etc. La liberté des contractantes – et leur volonté – atteint également des sommets au cours de cette période. L'auteur donne comme exemple l'arrêt *Canal de Craponne* où la Cour de cassation refuse de réviser le contrat pour cause d'imprévision, ainsi que les impacts de la bonne foi et de la lésion. À partir de 1880, on retrouverait une socialisation du droit – et du droit des contrats. L'influence de la sociologie ainsi que les mouvements ouvriers entraîneraient l'avènement de lois à caractère social et un interventionnisme plus marqué de la part de la législature et des juges – même si ces dernières se montreraient plus prudentes. À la suite d'efforts constants, les juristes auraient réussi à *civiliser* cette socialisation du droit pour ainsi éviter d'en faire un droit casuistique. C'est ainsi que l'auteur se questionne à savoir si ses contemporains réussiraient une telle entreprise avec l'émergence de la *fondamentalisation* du droit civil.

³¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 103.

³² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 196.

³³ Voir notamment H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13 et C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

« détermination préalable de l'essence du contrat³⁴ ». Si l'on considère que l'essence du contrat³⁵ réside dans le fait de « s'engager ou de ne pas s'engager », nous n'observerons ni crise ni déclin. En revanche, s'il est de son essence d'avoir la faculté de déterminer le contenu, ce qui nécessite *temps* et réflexion, la crise du contrat serait flagrante³⁶.

Il est évident que ces auteurs font référence à l'émergence et à la prolifération du contrat d'adhésion lorsqu'ils font état de cette deuxième avenue. Qualifié par Saleilles en 1901, le contrat d'adhésion a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux³⁷ avant de se faire reconnaître dans les législations nationales. D'un côté, on retrouvait principalement des publicistes qui niaient le caractère contractuel de ces actes d'adhésion; de l'autre, des privatistes qui voyaient dans l'adhésion l'extériorisation de la volonté. D'emblée, Saleilles a donné le ton au débat en qualifiant les contrats d'adhésion « de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom³⁸ ». Cependant, bien malgré lui, peut-être venait-il par le fait même de sceller leur sort en les qualifiant de « contrats » d'adhésion.

Parmi les études sur la notion même de l'acte³⁹, on retrouve un article fort éclairant de Dereux⁴⁰. D'entrée de jeu, l'auteur émet des commentaires d'ordre terminologique sur cet acte. À juste titre, il nous invite à rejeter l'appellation de contrat d'adhésion afin de plutôt utiliser l'expression contrat *par* adhésion⁴¹. De fait, la préposition *de* fait référence au type d'acte envisagé. C'est ainsi qu'on parlera de contrat *de* vente, *de* travail ou *d'*assurance. Par contre, la préposition *par* désigne la façon dont on envisage de

³⁴ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 7, à la page 14.

³⁵ La question de « l'essence du contrat » est controversée. Notamment, le sociologue Alain Caillé soutient qu'il n'existe pas d'essence du contrat : « Le contrat est un concept qui, comme tous les concepts de droit, appartient au monde des représentations mentales et non à celui des phénomènes observables. "Il est de son essence, en somme, de contrevenir toujours à toute essence qu'on voudrait lui imposer", ajoute par boutade notre sociologue. » Voir P. JESTAZ, « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243, à la page 254.

³⁶ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 7, à la page 14.

³⁷ Voir A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, aux pages 173 et s.

³⁸ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, p. 229.

³⁹ Comme nous le verrons, parler de l'acte plutôt que du contrat nous semble infiniment plus à propos.

⁴⁰ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503.

⁴¹ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 504 : « Or en disant "contrat d'adhésion", on a l'air de viser une certaine convention particulière qui serait l'*adhésion*, et pourrait être mise sur le même pied que le contrat *de* vente, le contrat *de* louage, et les autres. En fait on veut désigner une convention réalisée *par* la simple adhésion d'une personne à une offre dont elle n'a pas pu discuter les termes. Nous dirons donc dans cette étude « contrat *par* adhésion », comme nous disons "testament *par* acte notarié" ou « commencement de preuve *par* écrit ». »

conclure l'acte. Par exemple, on dira un contrat *par* acte notarié ou un contrat formé *par* négociation⁴². Dans le cas du contrat *par* adhésion, on ne vise pas le type de contrat, mais plutôt la façon dont l'acte sera formé, soit par l'adhésion de l'adhérente aux clauses à contenu imposé. Nous pourrions ainsi parler d'un contrat *de* vente conclu *par* adhésion. Étant donné que l'expression « contrat *par* adhésion » nous paraît plus congrue au plan linguistique, nous nous permettrons d'employer les mots de Dereux dans ce mémoire.

Au-delà de cette cogitation phraséologique, le contrat par adhésion est un sujet des plus passionnants. D'abord il représente une vaste majorité des contrats conclus par les justiciables. Juridiquement, quiconque s'intéresse aux théorisations contractuelles doit faire une place prépondérante au contrat par adhésion dans son analyse. Évidemment, une quantité considérable de contrats par adhésion est régie par le droit de la consommation au Québec et en France. Cependant, l'intérêt envers ce type de contrats – qui fait désormais partie du droit commun des contrats dans les deux juridictions – n'en est pas moindre. (Hélas!), le droit de la consommation écarte d'emblée les contrats où les deux parties sont des commerçantes⁴³. Il est pourtant des situations où une commerçante pourrait contracter avec une autre au bénéfice de son commerce et serait malgré tout en position de vulnérabilité. Dans la recherche de l'équilibre et de la justice, c'est la situation de vulnérabilité qui doit être prise en considération⁴⁴.

L'intérêt de l'étude est multiple : accepter d'apposer le sceau contractuel au contrat par adhésion, c'est le charger du bagage ontologique inhérent à celui-ci. C'est admettre que la volonté ne doit être présente qu'au moment de souscrire aux obligations. Que cette volonté n'a donc pas à être dynamique et tangible. C'est aussi nier l'image voulant que les personnes soient souveraines et qu'elles ne seraient liées que suivant leur volonté. C'est accepter la primauté du marché, de l'efficacité et de la sécurité sur l'équité, la solidarité et la justice. Symboliquement, c'est reconnaître l'asservissement; la

⁴² Pour celles qui seraient tentées de nous fournir le contre-exemple de « contrat *de* gré à gré », nous répondrions qu'il s'agit d'une locution adverbiale et qu'elle est ainsi figée. Par conséquent, cet adverbe n'a rien à voir avec l'explication livrée dans le texte ci-dessus.

⁴³ Voir *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, art. 2.

⁴⁴ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 614 : « Il s'en suit que le préjudice que peut subir la partie en état de faiblesse dans le contrat ne doit pas être analysé en considération du fait que l'une des parties est profane ou que les deux sont professionnelles. S'il est vrai que, lorsque les deux parties sont professionnelles, elles sont censées défendre valablement leurs intérêts légitimes, force est de relever ultimement que, dans le jeu des équilibres contractuels, le fait d'être un professionnel est peu significatif. En effet, l'élément moteur qui doit toujours être pris en considération dans la recherche de l'équilibre contractuel est la situation de vulnérabilité. Il est des cas où, malgré le statut de professionnel des deux contractants, l'un se trouve en position de faiblesse par rapport à l'objet du contrat, quoiqu'il ne fasse pas l'objet de vulnérabilités personnelles ».

soumission de la partie vulnérable vis-à-vis de la stipulante. Bref, c'est proclamer que le coup de sifflet active le train au départ de la gare⁴⁵...

Dans le présent mémoire, nous aborderons donc la notion du contrat par adhésion. Quoique son sort semble avoir été scellé tant au Québec qu'en France⁴⁶, ce mémoire se veut une humble contribution à la critique selon laquelle le contrat par adhésion n'est pas de nature contractuelle⁴⁷. Après avoir fait l'objet d'importants débats doctrinaux au XX^e siècle, les autrices semblent s'être résignées à conserver cet acte dans la sphère du droit privé en l'associant au contrat. Loin de vouloir l'exclure du droit privé – comme le voulaient des publicistes –, nous croyons que certaines parties du contrat par adhésion ne sauraient se qualifier de contractuelles.

Comme nous le verrons, certaines clauses sont en adéquation avec les assises du contrat. En revanche, un nombre appréciable d'entre elles sont imposées et n'ont pas été voulues par les contractantes en position de vulnérabilité. Cette position de vulnérabilité affecte aussi la liberté de la contractante qui en est l'objet. De ce fait, à la question « quelle est la nature du contrat par adhésion? », nous répondrions qu'il s'agit d'un acte hybride. D'un côté, on retrouverait une partie contractuelle qui répondrait aux règles générales et de l'autre, les clauses à contenu imposé qui pourraient être contrôlées par les législatrices par l'intermédiaire d'un régime qui leur serait propre et qui s'inscrirait dans le code civil.

Dès le départ, il y a lieu de préciser que cet essai traitera (strictement?) de la notion de contrat par adhésion. En vérité, nous écartons volontairement le régime du contrat par adhésion. À titre d'exemple, nous n'aborderons pas les clauses abusives⁴⁸, les clauses illisibles ou incompréhensibles⁴⁹, les clauses externes⁵⁰ ni l'interprétation favorable à l'adhérente⁵¹. Également, quoique nous esquisserons certaines pistes de solution, nous ne nous aventurerons pas sur le terrain du régime des clauses à contenu imposé.

Le droit québécois des contrats s'appuie essentiellement sur quatre fondements : « l'autonomie de la volonté (la liberté contractuelle), l'intérêt supérieur de la société

⁴⁵ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 513.

⁴⁶ Voir le second alinéa de l'article 1110 du Code civil français.

⁴⁷ À celles criant à ce stade-ci à l'hérésie, nous répondrions par l'entremise de Rouhette : « un parfait monolithisme de la doctrine serait un indice certain de sclérose intellectuelle ». Voir dans G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 50.

⁴⁸ Article 1437 du Code civil du Québec; article 1171 du Code civil français concernant le déséquilibre excessif; Voir également article L212-1 du Code de la consommation français et article L442-6 du Code de commerce français.

⁴⁹ Article 1436 du Code civil du Québec.

⁵⁰ Article 1435 du Code civil du Québec; article 1119 du Code civil français concernant les conditions générales qui doivent être portées à la connaissance de l'adhérente.

⁵¹ Article 1432 du Code civil du Québec; article 1190 du Code civil français.

(l'ordre public), la justice entre les parties (essentiellement la bonne foi et l'équité), enfin la sécurité contractuelle (la force obligatoire du contrat)⁵² ». De tous ces principes, la liberté contractuelle – c'est-à-dire la doctrine de l'autonomie de la volonté transposée au plan juridique⁵³ – conserve le premier rang dans l'esprit des juges et des autrices, en plus d'être consacrée comme principe constitutionnel en France⁵⁴. Quant à la volonté, elle est au cœur de la définition du contrat⁵⁵. Si, comme nous l'observerons, la théorie de l'autonomie de la volonté engendre la polémique au sein de la doctrine privatiste, le volontarisme contractuel fait davantage consensus et s'appuie tout autant sur les notions de liberté et de volonté.

Pour ces raisons, nous analyserons premièrement la théorie générale du contrat⁵⁶ (partie I) ainsi que ses deux fondements principaux, soit la liberté (chapitre I) et la volonté (chapitre II). Deuxièmement, il sera question du contrat par adhésion (partie II), de son inadéquation avec les deux assises centrales du contrat que sont la liberté et la volonté (chapitre I) et de sa possible réconciliation avec le droit privé par le truchement des clauses à contenu imposé (chapitre II).

⁵² J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 148.

⁵³ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 141.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Voir *infra*, chapitre II, partie I.

⁵⁶ Comme définie par le professeur Savaux dans E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, L.G.D.J., 1997. Voir la page 345 : « La formule "théorie générale du contrat" désigne en réalité une activité doctrinale de connaissance du contrat et le produit de cette activité, c'est-à-dire une vision du contrat acquise au terme des recherches consacrées à cet acte. »

Partie I : La notion de contrat

*La nature envers vous me semble bien injuste.
- Votre compassion, lui répondit l'Arbuste,
Part d'un bon naturel; mais quittez ce souci.
Les vents me sont moins qu'à vous redoutables.
Je plie, et ne romps pas. Vous avez jusqu'ici
Contre leurs coups épouvantables
Résisté sans courber le dos;
Mais attendons la fin.*

Jean de La Fontaine, *Fables de La Fontaine : Le Chêne et le Roseau*

La contractualisation du droit de la famille⁵⁷, la gouvernance étatique par les contrats⁵⁸ et l'émergence des obligations ajuridiques⁵⁹ témoignent du fait que quoiqu'on puisse parler de crise du contrat, on ne peut certes pas parler de déclin. Bien sûr, l'institution a été attaquée et remise en question à plusieurs reprises dans le cadre des crises mentionnées en introduction; son influence et son autorité ont varié à travers les époques, mais elle demeure aujourd'hui prééminente. L'hégémonie du contrat au sein de nos sociétés de marché ne fait nul doute. Sans l'outil juridique qu'est le contrat, le commerce est impossible et l'économie s'effondre. En ce sens, le contrat est le moteur juridique (ou économique) de la société.

Classiquement, on dira que les obligations naissent de deux façons; de la loi ou de la volonté privée⁶⁰. Cette double origine nous ramène au débat présenté préalablement entre les tenants d'une vision sociale et celles défendant l'individualisme. Au plan symbolique, la loi représente la volonté générale, la seule source d'obligation garantissant la justice et l'égalité. En revanche, le contrat – qui permet aux individus de gérer leurs activités privées et qui a une nature émancipatrice – est associé au mouvement individualiste⁶¹. D'ailleurs, la législature semble corroborer cette dualité de sources de l'obligation à l'article 1372 du Code civil du Québec⁶². En ce sens, la France qualifie le contrat de véritable loi entre les parties⁶³. Si la définition de la loi nous semble assez claire, il en va autrement de celle du contrat. Nombreuses ont été les autres qui

⁵⁷ Voir notamment C. DUDIT, *La contractualisation du droit de la famille*, thèse Nantes, 2009.

⁵⁸ Voir notamment M. CUMYN, « La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social? », (2006) 47 *C. de D.* 677.

⁵⁹ J.-G. BELLEY, « Les "obligations ajuridiques" : des oubliées du Code civil? », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al., *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 143.

⁶⁰ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 1.

⁶¹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 8.

⁶² Premier alinéa : « L'obligation naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation. »

⁶³ Voir article 1103 du Code civil français. Voir également article 1134 du code préliminaire à la réforme de 2016.

ont tenté d'ériger une définition achevée de cette notion. Malgré tout, le contrat, de par son ancienneté et sa prégnance, précède toute définition qu'il aurait pu recevoir de la loi ou des juristes⁶⁴. La définition que se fait la profane sera assurément différente de celle que se fait la juriste. À l'intérieur même de ce dernier groupuscule, elle variera en fonction de l'époque, de la législation et de l'idéologie⁶⁵.

Néanmoins, l'entrée en vigueur du Code civil français de 1804 marque un tournant pour la notion de contrat comme nous la concevons présentement. Non seulement ce code allait-il influencer un nombre important de codifications, mais son adoption entraîne une des premières constructions d'une théorie générale du contrat. Il est toutefois essentiel de distinguer les règles contenues dans le code de la notion de théorie générale du contrat : le premier renferme les règles du droit commun des contrats alors que la seconde se nourrit plutôt de l'essence de ces règles. Ainsi, le droit commun constituerait du droit positif tandis que la théorie générale a une portée plus philosophique; elle est de l'ordre de l'abstrait⁶⁶. En ce sens, si le droit romain avait pour la première fois fourni une définition du contrat, il n'avait jamais élaboré une théorie générale du contrat⁶⁷. L'importance et la (quasi-?) déification de ce qui a longtemps porté le nom de « Code Napoléon » expliquent sans doute pourquoi on cherche tant à connaître les intentions des codificatrices de 1804 dans le cadre de l'édification d'une théorie générale du contrat.

Pour rechercher ces intentions, il est impératif de se replacer dans le contexte historique, politique et philosophique. À ce titre, les travaux de l'historien Niort s'avèrent fort éclairants⁶⁸. L'élaboration du Code Napoléon procède du courant philosophique des Lumières⁶⁹. Si cette époque marque une cassure⁷⁰ avec l'Ancien Régime, elle visait particulièrement à humaniser les relations en mettant sur un pied d'égalité des

⁶⁴ C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat? », dans C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 3, à la page 11.

⁶⁵ Pour les définitions, voir *infra*, point II de la présente partie.

⁶⁶ Voir à cet effet les travaux du professeur Savaux : E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, L.G.D.J., 1997.

⁶⁷ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 333.

⁶⁸ Voir les deux tomes de J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

⁶⁹ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 312 : « Il est frappant de constater combien le Code exprime et symbolise la fin d'un nombre important de "projets" des Lumières, tels que l'éducation nationale et publique, l'accession à la raison critique et à l'autonomie morale, à la citoyenneté universelle, tout en radicalisant certains des thèmes qui étaient déjà présents dès 1789 ou au cours de la période révolutionnaire : l'ordre social et la conservation sociale; le nationalisme ou patriotisme. »

⁷⁰ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 29 : « En effet, le "Code civil des français" (*sic*), promulgué à cette date, marquait la fin du système juridique antérieur, basé sur la diversité et le pluralisme juridiques, et consacrait donc un certain nombre de principes révolutionnaires, au rang desquels l'égalité civile. »

personnes titulaires des mêmes droits⁷¹. L'idée étant de s'éloigner de la société de classes de l'Ancien Régime. Jusqu'à quel point cette ère a-t-elle été enjolivée et romancée? Bien qu'il soit difficile de l'évaluer, il demeure que l'interprétation qu'on donne à un mouvement reste davantage imprégnée dans nos esprits que les idées fondatrices dudit mouvement elles-mêmes.

Toujours est-il qu'après avoir fait éclater l'ancien, la priorité des codificatrices était d'établir « un nouvel ordre de remplacement » ainsi que des institutions et des structures afin de maintenir ce nouvel ordre en place qui met l'accent sur la liberté et l'égalité⁷². Après avoir analysé leurs textes et leurs discours, M. Niort qualifie les rédactrices d'assez modérées, mais toutefois conservatrices et traditionalistes – voire même réactionnaires⁷³ –, tout en accordant une place importante aux croyances religieuses⁷⁴. Le projet auquel elles donnent vie est qualifié par plusieurs de bourgeois, sinon de conservateur. Cela s'explique entre autres par le fait que les rédactrices vouent un grand respect au droit de propriété qui assure la dignité et la prospérité⁷⁵. « En d'autres termes : pour entrer dans le jeu social, il faut posséder. Ensuite, on pourra jouer, c'est-à-dire *contracter*⁷⁶ ». En résumé, le « Code n'est pas fait pour les pauvres⁷⁷ ». Mais cette élaboration du code *par* et *pour* les bourgeoises – qui n'ont pas besoin ou, à tout le moins, estiment ne pas avoir besoin de protection – n'explique-t-elle pas la quasi-absence de mesures de protection en matière contractuelle? Ce problème

⁷¹ C. JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, Montréal, Thémis, 2005, p. 24.

⁷² J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 37.

⁷³ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 77.

⁷⁴ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 92.

⁷⁵ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 66. D'ailleurs, les codificatrices ont une vision différente de l'humaine à l'état de nature que celle mise de l'avant lors de la Révolution. L'historien Niort nous enseigne, à la page 61, que sous « la Révolution, c'est principalement le jacobinisme qui portera le flambeau de l'optimisme anthropologique. Le "peuple" – entendu comme rassemblant les hommes les plus proches de l'état naturel, les moins corrompus – est en effet juste et vertueux par nature. » Il présente l'autre vision à la page 63 : « L'état de nature n'est pas du tout perçu de manière positive au moment de la codification. C'est bien plutôt sous les traits d' "un état de barbarie et de stupide férocité" qu'il apparaît. L'homme naturel est perçu de manière largement négative, aussi bien par les auteurs du Code, dont Bonaparte, que par des « progressistes » libéraux, républicains et idéologues de l'époque, tel Volney par exemple, pour lequel l'homme sauvage n'est qu'un "animal brut, ignorant, une bête méchante et féroce, à la manière des ours et des orangs-outangs". » Cette perception entraînera ce que l'historien Niort appelle un pessimisme anthropologique qui se retrouvera en filigrane du Code Napoléon.

⁷⁶ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 167.

⁷⁷ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 175 : « Comment en effet maintenir l'ordre dans la famille sans de quoi donner substance à la "liberté" testamentaire de son chef; comment imprégner les hommes d'un esprit « conservateur » s'ils n'ont rien à conserver? "Le Code n'est pas fait pour les pauvres", résume laconiquement André-Jean Arnaud. »

n'apparaît finalement qu'au moment où le contrat se démocratise et devient accessible non plus seulement aux bourgeois, mais également à la populace.

Au-delà de ces questions, il apparaît évident que cette période met particulièrement l'accent sur la liberté et l'autonomie de l'homme⁷⁸. On souhaite lui (re)donner sa souveraineté afin qu'il contrôle et gouverne ses activités. La personne sera elle-même responsable de sa prospérité – mais également de ses déboires. De là la brisure avec l'Ancien Régime où le mouvement entre les classes sociales était (presque) impossible. La naissance déterminait la caste dans laquelle on mourrait. En mettant l'accent sur l'humaine et en protégeant son autonomie et sa liberté, le nouveau régime permet de l'extirper de son carcan prérévolutionnaire. Dit autrement, chaque « homme doit pouvoir, par sa seule volonté modifier sa situation, car il a des droits souverains sur lui-même⁷⁹ ».

De quelle manière pouvons-nous assurer aux individus un mouvement à travers ces diverses classes sociales? Juridiquement, on y arrive en les plaçant au centre de la construction du droit⁸⁰ et en donnant à toutes la faculté de contracter. En octroyant ce pouvoir aux citoyennes, les sociétés leur permettaient d'acquérir leur souveraineté. Pour reprendre les propos de Capitant, cités par la professeure Ranouil, la « réglementation des intérêts privés des personnes doit être laissée à leur propre volonté, et non établie d'office par le législateur. Le droit est fait, non point pour gêner l'initiative des parties... mais au contraire pour favoriser l'expansion du commerce des hommes⁸¹ ».

En fixant la lorgnette sur les citoyennes, la société leur permet de déterminer ce dont elles acceptent de se priver en échange du gain escompté. Comme nous le verrons, le fait de contracter n'est rien d'autre que se restreindre au profit d'un bien ou d'un service⁸². En attribuant cette liberté aux individus plutôt que d'imposer statutairement, l'État leur assure une certaine autonomie, en plus d'obtenir une présomption de justice. En d'autres termes, « quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice; mais toute injustice est impossible

⁷⁸ Ce terme est utilisé à dessein.

⁷⁹ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 93.

⁸⁰ J.-F. KERVÉGAN, « From Status To Contract. Variations sur un thème trop bien connu », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 93, à la page 94.

⁸¹ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 95.

⁸² G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 47 : « Classiquement, la notion de contrat se meut au sein de la doctrine de l'autonomie de la volonté; or cette doctrine a une signification politique, et elle traduit le rêve d'une société individualiste dont chaque personne serait le centre et dont la finalité dernière serait l'épanouissement de la personnalité de chacun; son essence est tout autant d'ordre économique, et elle révèle un (*sic*) foi profonde en les vertus du libéralisme qui peut seul assurer le plus grand bien du plus grand nombre; enfin sa thèse centrale réside dans l'affirmation métaphysique que l'homme est un être libre, capable de se lier lui-même, mais seulement par un acte souverain de sa volonté. »

dans ce qu'il décide pour lui-même⁸³ ». Pour donner tout son sens à cet axiome, il faut au préalable que les contractantes soient égales⁸⁴. À défaut, ce déséquilibre entraînerait une brèche importante dans cette construction théorique. Bien qu'il soit désormais de plus en plus admis que les codificatrices n'aient pas été influencées par les travaux de Kant⁸⁵, et que ceux-ci étaient d'ordre moral et non juridique⁸⁶, il demeure que les idées relatives à l'autonomie de la volonté ont largement influé sur nos théorisations du contrat.

I. L'autonomie de la volonté

La théorie de l'autonomie de la volonté a étonnamment été construite par ses pourfendeuses⁸⁷. Celui qui aura sans doute le plus contribué à son édification à titre de dogme est Emmanuel Gounot, dans le cadre de sa thèse publiée en 1912⁸⁸. La professeure Ranouil, quant à elle, proposait d'explorer la genèse de l'autonomie de la volonté dans un ouvrage publié en 1980. Elle y dépeignait l'autonomie de la volonté comme étant un principe « qui veut que l'homme soit souverain, autonome, quand il s'agit, en matière contractuelle, de ses intérêts privés⁸⁹ ». Elle a montré que l'autonomie était d'abord apparue dans le traité de droit international privé de Foelix⁹⁰. Dans cette matière, l'autonomie de la volonté signifie que « c'est la volonté expresse, tacite ou présumée qui détermine la compétence de la loi du contrat, étant ainsi faiseuse de droit⁹¹ ». C'est ainsi que l'expression prend naissance autour des années 1870-1880 et

⁸³ E. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Paris, Auguste Durand, Libraire, 1853, p. 169.

⁸⁴ M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69, à la page 78 : « Dès lors, "tout rapport entre individus qui se trouvent dans des conditions sociales inégales est nécessairement injuste; car il y a une coaction qui fausse les conditions de l'échange. Le riche obtient du pauvre plus que le pauvre ne peut obtenir du riche, parce qu'ils ne luttent pas avec des armes égales; l'un reçoit plus qu'il ne donne". » Voir également F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 240.

⁸⁵ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 2, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 640 : « Au moment de la rédaction du Code Napoléon, la pensée de Kant est encore "confidentielle" en France. Bien que précoce, l'intérêt pour le philosophe d'outre-Rhin y est cantonné dans « quelques cercles d'initiés », souvent critiques d'ailleurs. »

⁸⁶ F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 155, 159.

⁸⁷ Voir C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 7, à la page 8 et F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 155, 156.

⁸⁸ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912.

⁸⁹ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 32.

⁹⁰ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 20.

⁹¹ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 29.

acquiert une certaine autorité en 1894. Cela renforce l'idée selon laquelle l'autonomie de la volonté ne fût pas un principe directeur lors de la rédaction du Code Napoléon. En revanche, rien ne permettrait d'affirmer que les idées à la base de cette théorie n'étaient pas présentes dans l'esprit des codificatrices.

Selon Demogue, l'autonomie de la volonté, l'un des principes les plus importants du droit civil, signifie que chacune se trouve obligée ou ne possède des droits que dans la mesure où cela a été voulu⁹². Ce principe veut également que la volonté soit créatrice de droits et d'obligations. Généralement, cette assertion fait peu de vagues. C'est toutefois son pendant au plan législatif qui pose problème. En effet, de par son essence jusqu'au-boutiste, l'autonomie de la volonté rejette toute intervention législative ou judiciaire qui viendrait entraver les volontés des contractantes. C'est le fait de proscrire l'intervention publique qui a fait l'objet des jugements les plus acerbes. À juste titre, sans intervention publique dans cette ère glorifiant le libéralisme économique, c'est ni plus ni moins, comme le soulignait Jhering, de « délivrer un permis de chasse aux pirates et aux brigands avec droit de prise sur tous ceux qui leur tombent entre les mains⁹³ ».

Comme nous l'avons exposé, l'autonomie de la volonté repose sur la condition *sine qua non* que les contractantes soient libres et de forces égales – du moins, en matière de droits. Or, cette condition est une grossière fiction. Les parties ne contractent jamais en position d'égalité de fait, quoique disposant des mêmes droits théoriquement. À cet effet, nous souscrivons entièrement aux propos de Gounot voulant que si on voyait les êtres comme ils sont, soit « très diversement armés dans la lutte pour l'existence, profondément inégaux en savoir, en besoins, en sécurité à l'égard de l'avenir, et plongés dans les mille liens des solidarités plus ou moins étroites qui les enserrant de toutes parts, peut-être alors cesserait-on de croire tous les individus également libres et donc justes tous les contrats⁹⁴ ».

Plusieurs débats ont fait couler de l'encre à savoir si l'autonomie de la volonté était un principe directeur lors de la rédaction du Code Napoléon. Pour notre part, nous sommes humblement d'avis que ces questionnements sont inopportuns et byzantins. La véritable question devrait plutôt être de savoir si les idées découlant de cette doctrine ont influé d'une quelconque façon sur l'élaboration du code ou sur la construction d'une théorie générale du droit des contrats. À cette question, nous n'avons nul doute que les idées fondatrices de l'autonomie de la volonté imprégnaient les esprits lors de la rédaction du

⁹² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 147.

⁹³ Citation reprise dans V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 133.

⁹⁴ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 77.

Code Napoléon⁹⁵. De fait, le contexte sociopolitique du moment rendait fertile la mise en place de ces principes⁹⁶. Il en va de même pour le contexte socioéconomique. Le dogme de l'autonomie de la volonté est indissociable du libéralisme économique⁹⁷. Or, les codificatrices se sont rangées « aux arguments des tenants du libéralisme économique, se convaincant (*sic*) de l'intérêt de celui-ci⁹⁸ ». Au surplus, même en admettant qu'elles ne fussent pas prépondérantes lors de l'élaboration du Code Napoléon, nous soutenons qu'elles ont construit et façonné les théories générales à travers les époques; il s'agit d'une lecture du code qui a été faite par les juristes. D'ailleurs, Gounot, fervent critique de cette théorie, indique que les postulats de l'autonomie de la volonté ont inspiré la philosophie juridique de manière plus ou moins consciente⁹⁹.

Encore aujourd'hui, en analysant la doctrine positiviste, on constate que l'autonomie de la volonté est bien présente. Effectivement, « l'autonomie de la volonté demeure, tant au niveau théorique qu'à celui des principes juridiques, admise en droit québécois comme le grand principe général, même s'il est aujourd'hui largement tempéré¹⁰⁰ ». Dans ce même ordre d'idées, après avoir constaté que la doctrine de l'autonomie de la volonté avait « inspiré » plusieurs dispositions du Code civil français, les professeur·e·s Larroumet et Bros la qualifient d'un « des principes généraux du droit des obligations contractuelles [, et ce, malgré les atteintes subies]¹⁰¹ ». Nonobstant ces atténuations et le rejet de son caractère absolu, la jurisprudence et la doctrine octroient toujours une place importante à la théorie de l'autonomie de la volonté. Dans un arrêt de 2017, la Cour suprême du Canada confirmait la place centrale qu'occupe ce principe en droit québécois. Sous la plume des honorables Clément Gascon et Richard Wagner, la Cour y allait des précisions suivantes : « Le droit civil québécois accorde une place fondamentale au principe de l'autonomie de la volonté. Cette liberté contractuelle permet aux parties à un contrat de régir leur relation comme elles le souhaitent, dans les

⁹⁵ En d'autres termes, bien que l'autonomie de la volonté, à titre de théorie philosophique, n'existait pas en 1804, il nous semble clair que les idées à la base de cette théorie existaient.

⁹⁶ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 133 : « La période de la Révolution française marque l'apogée de la supériorité des droits subjectifs et le triomphe de l'individualisme. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 affirme l'égalité de tous devant la loi et la liberté totale des citoyens. C'est à cette époque que l'autonomie de la volonté atteint apogée (*sic*). »

⁹⁷ C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations – Le contrat*, 8^e éd., t. 3, Paris, Economica, 2016, p. 78.

⁹⁸ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 72.

⁹⁹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 80.

¹⁰⁰ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 147.

¹⁰¹ C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations – Le contrat*, 8^e éd., t. 3, Paris, Economica, 2016, p. 82.

limites prévues par la loi et l'ordre public¹⁰² ». Cette portée est également confirmée par une partie importante de la doctrine¹⁰³. Un auteur la qualifie même de « socle sur lequel s'est bâtie la théorie générale du contrat¹⁰⁴ ».

Pour les fins de notre essai, nous retiendrons que la doctrine de l'autonomie de la volonté, enfantée par ses adversaires, s'appuyait sur des idées et des principes de liberté individuelle, de souveraineté humaine et d'affranchissement. L'autonomie de la volonté et le libéralisme économique représentaient les deux supports de la société capitaliste. Or, les écueils de ces théories ont entraîné des critiques et des atténuations¹⁰⁵. Il demeure néanmoins que l'autonomie de la volonté a inspiré et

¹⁰² *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, par. 1. M. Tabi Tabi est également d'avis que la jurisprudence « s'appuie encore sur l'autonomie de la volonté ». Voir G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, par. 74. À ce titre, il cite les arrêts suivants de la Cour d'appel : *Sports Experts inc. c. Brolisport inc.*, 2003 CanLII 11559; *Delcor inc. c. Compagnie France Film inc.*, 2001 CanLII 18556; *Re/Max Idéal inc. c. Deschamps*, 1989 CanLII 1054; *Canadian Luggage Co. c. Cassion Sound inc.*, 1987 CanLII 541.

¹⁰³ Voir notamment : « Au surplus, malgré leur importance, les atteintes qui lui ont été portées n'ont jamais remis en cause sa fonction même de principe » : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 41; « La reconnaissance de la simulation en droit civil québécois repose sur les principes de l'autonomie et de la volonté des parties ainsi que celui du consensualisme » : V. KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 970; « Il s'agit là d'une simple application des principes du consensualisme et de l'autonomie de la volonté qui ont cours en matière contractuelle » : V. KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 973; « Il est possible de dégager un premier principe général de l'interprétation des contrats, soit celui voulant que le fond l'emporte sur la forme. Il s'agit de la consécration de l'autonomie de la volonté des parties lors de la conclusion d'actes juridiques » : V. KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 696; « Mais la plupart des civilistes contemporains n'en maintiennent pas moins que "si l'autonomie de la volonté n'est plus absolue, elle demeure la règle" et en déduisent que toute limitation à cette liberté de principe doit s'interpréter et s'appliquer de façon restrictive » : J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 39; « Le principe de l'autonomie de la volonté aurait eu ses précurseurs au XVII^e et XVIII^e siècles : Kant, Rousseau, Diderot, Grotius, Hobbes, Suarez, Pufendorf, Locke; mais, ce serait dans l'esprit révolutionnaire français et l'adoption du *Code civil* de 1804 qu'il aurait obtenu sa pleine consécration » : L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765, 768; « Le Code civil du Bas-Canada reflétait fidèlement, en matières contractuelles, la philosophie du milieu du XIX^e siècle, imprégnée du laissez faire économique (minimalisation de la surveillance de l'État sur les rapports conventionnels), du principe général de l'intangibilité des contrats (c'est la loi immuable que les parties se sont donnée) et du dogme fondamental de l'autonomie de la volonté (la volonté des parties est souveraine et mène nécessairement à la justice contractuelle; "qui dit contractuel, dit juste") » : J.-L. BAUDOIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29, à la page 29.

¹⁰⁴ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 579 : « Construction libérale du XIX^e siècle, le dogme de l'autonomie de la volonté est le socle sur lequel s'est bâtie la théorie générale du contrat. La philosophie libérale estimait que l'autonomie de la volonté était synonyme de justice et d'équilibre contractuel. Le fait que les conventions sont librement négociées et conclues atteste naturellement leur caractère juste. Dès lors, est considéré comme valide tout engagement contracté en l'absence de vices de consentement. Cette conception trouve grandement écho dans le droit positif, le droit des contrats, où différents ordres juridiques d'obédience civiliste reconnaissent cette affirmation dans leurs codes civils. »

¹⁰⁵ Figurativement, sans être aujourd'hui cul-de-jatte, nous pouvons affirmer que la société capitaliste a subi diverses amputations.

façonné notre droit des contrats et qu'on doit considérer ce fait dans le cadre de notre analyse.

II. La (les) définition(s) du contrat

Nous verrons donc qu'à partir de la définition du contrat, il ressort de cela que deux des assises de l'autonomie de la volonté, soit la liberté (chapitre I) et la volonté (chapitre II), sont demeurées prééminentes dans nos théorisations contractuelles.

Qu'est-ce qu'un contrat? Voilà un sujet qui pourrait faire l'objet d'une thèse... et encore! Bien que des esprits beaucoup plus brillants aient remis en question l'intérêt de définir cette notion¹⁰⁶, nous jugeons cette étape opportune afin d'asseoir les bases de l'exposé. Cependant, puisque ce n'est pas l'objet de notre essai, nous nous contenterons de nous référer aux définitions édictées dans la loi et proposées par la doctrine. Au plan étymologique, le « mot contrat vient du latin *contractus*, lui-même dérivé de *contrahere* qui signifie rassembler, réunir, conclure¹⁰⁷ ». Quant au terme convention, il « vient du latin *conventio*, lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord¹⁰⁸ ». Bref, *contracter*, c'est se mettre d'accord sur quelque chose en vue de produire des effets de droit¹⁰⁹. Pour sa part, le Code civil du Québec définit le contrat comme « un accord de volonté¹¹⁰, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation¹¹¹ ». Complétant cette définition, l'article 1433 ajoute que le contrat « crée des obligations et quelquefois les modifie ou les éteint ». En ce qui a trait au « nouveau » Code civil français, l'article 1101 prescrit la définition du contrat dans sa plénitude : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

Il est communément admis que les deux pierres angulaires du contrat sont la volonté et la liberté. D'une part, la volonté ressort clairement des définitions édictées par nos codes civils. D'autre part, la liberté est la condition *sine qua non* à l'émission et

¹⁰⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 630 : « À vrai dire, nous ne croyons pas qu'une définition du contrat présente le moindre intérêt pratique; que la qualification du contrat entraîne à elle seule, l'application d'une règle quelconque, que le praticien tire le moindre secours d'une définition. »

¹⁰⁷ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 148.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Notons que la législatrice québécoise, contrairement à son homologue française, n'a pas cru bon d'accorder *volonté* au pluriel. Ce choix mériterait une réflexion approfondie que nous laisserons sans rechigner à des autrices beaucoup plus perspicaces.

¹¹¹ Article 1378.

à l'extériorisation de la volonté. Formulé en aphorisme, le « contrat, acte volontaire et exercice d'une liberté, est en même temps une aliénation volontaire de liberté¹¹² ».

Dans les pages qui suivent, il sera question de ces deux bases sur lesquelles repose le contrat.

¹¹² J. GHESTIN, « Avant-propos », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1, à la page 2.

Chapitre I : La liberté

*Ce n'était pas mon destin,
mais c'est moi qui l'ai vécu jusqu'au bout,
et j'étais incapable de comprendre
que cela ne leur rentre pas dans la tête :
que désormais je devais en faire quelque chose,
maintenant, je pouvais ne pas m'accommoder
de l'idée que ce n'était qu'une erreur, un accident,
une espèce de dérapage,
ou que peut-être rien ne s'était passé.*

Imre Kertész, *Être sans destin*

Le socle sur lequel s'est construit le droit des contrats s'appuie sur la prémisse selon laquelle toute personne est libre (de contracter). Cette assertion découle du mouvement individualiste¹¹³ visant à octroyer une plus grande autonomie – entendue dans le sens de souveraineté – aux individus. Dans le cadre du bouillonnement d'idées ayant eu lieu à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle, la liberté est à la fois une fin en soi et un moyen pour atteindre l'autonomie des citoyennes. Le mouvement individualiste avait également pour postulat que toutes les humaines étaient égales. Une kyrielle de discussions a eu lieu relativement à cette présomption d'égalité. L'égalité réelle était remise en question. Ce débat, placé dans le contexte juridique, prenait la forme interrogative suivante : est-ce que les parties contractent en position d'égalité? Pour les défenseures de la thèse individualiste, il existe une présomption d'égalité entre les contractantes¹¹⁴. À l'opposé du spectre, pour les pourfendeuses de cette école de pensée, « non seulement l'égalité des parties n'est qu'un leurre, mais aussi (...) la liberté est unilatérale¹¹⁵ ».

En droit des contrats, il est important que les contractantes soient égales. Si elles contractent à armes égales, cela fera présumer que l'accord sera juste. Lorsque les

¹¹³ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 246 : « Le fondement de cette liberté, comme celui de toutes les autres, est l'individualisme dont les racines se trouvent dans la conception spiritualiste de l'individu, qui s'était épanoui avec la philosophie des Lumières au XVIII^e siècle. »

¹¹⁴ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 433 : « Toute la vertu sociale du contrat repose en effet sur une présomption d'égalité entre les parties. » Voir également M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69, à la page 83; L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 7, à la page 15; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 36.

¹¹⁵ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 585. Voir également V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 133 : « La justice ne procède pas naturellement du contrat, car les contractants ne sont ni libres ni égaux : leur égalité nominale dissimule leur inégalité réelle ».

forces en présence sont comparables et qu'il n'existe aucune contrainte, il est invraisemblable qu'une partie douée de raison accepte de se lier iniquement. Les contractantes auront le loisir de débattre de l'entente et de faire des concessions réciproques. De ce processus jaillira un contrat raisonnable pour toutes. Ce schème de pensée explique partiellement que des mécanismes de révision du contrat soient écartés en droit québécois, comme la lésion entre majeures et la théorie de l'imprévision. À cet effet, et contrairement à la thèse individualiste, il nous semble évident que l'inégalité des contractantes soit plutôt la norme. Nous y reviendrons, mais il suffit de soulever le déséquilibre des ressources, informationnel et psychologique pour se convaincre que cette égalité n'est qu'une vue de l'esprit. L'argument est intéressant au plan théorique afin de justifier le volontarisme contractuel, mais s'avère pour le moins spécieux – particulièrement en cette ère de prolifération des contrats par adhésion.

Quoi qu'il en soit, mettons de côté l'égalité pour revenir à la liberté. Définir la liberté représente un vaste chantier en soi. Le fait d'être libre se définit davantage par la négation. C'est le fait de ne pas être liée, de ne pas être soumise, de ne pas subir de contrainte, etc. Bref, c'est en définitive avoir la faculté de choisir. Le doyen Reid définit la liberté comme étant le « [p]ouvoir que la loi reconnaît, en principe, à toute personne d'agir sans contrainte ou entrave dans un domaine déterminé¹¹⁶ ». Il est intéressant de constater que cette définition met l'accent sur le fait que ce soit un pouvoir qui nous est donné par la loi. Cette remarque procède de la rupture¹¹⁷ entre le « nouveau » et l'Ancien Régime dont il a été précédemment question¹¹⁸. Certaines pourraient voir dans la définition fournie une subordination au pouvoir étatique. Cependant, ce serait ignorer la doctrine du contrat social qui veut que « la loi elle-même ne trouv[e] le principe de sa force que dans la volonté des sujets (thèse du contrat social), ceux-ci sont entièrement libres de se lier par contrat¹¹⁹ ». Ainsi, on nous ramène toujours aux individus qui sont leur propre maîtresse¹²⁰.

Le contexte sociologique, économique et philosophique de l'époque durant laquelle notre droit des contrats a été édifié glorifiait assurément l'individualisme juridique.

¹¹⁶ H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

¹¹⁷ C. JAMIN, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, Montréal, Thémis, 2005, p. 24 : « Ce que cette sociologie leur permettait de dénoncer dans la philosophie *contractualiste*, c'était en définitive le retour aux *contrats de sujétion* de l'Ancien Régime, dont l'ambition de la philosophie des Lumières avait été de se défaire, au profit des *contrats d'association* mettant aux prises des sujets de droit réputés égaux. »

¹¹⁸ Voir *supra*, p. 11.

¹¹⁹ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 40.

¹²⁰ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 27 : « À la base de l'édifice sociale et juridique se trouve l'individu, c'est-à-dire une volonté libre. La liberté fait de l'être humain son propre maître et son seul maître; elle le rend infiniment respectable et sacré; elle l'élève à la dignité de "fin en soi". Au sens le plus général du mot, le droit n'est autre chose que cette liberté initiale et souveraine qui appartient à tout homme. De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit. »

Certes, ne nions pas que, dans l'esprit des codificatrices, des atténuations s'imposaient. Néanmoins, ce sont la justice et les bonnes mœurs qui venaient tempérer l'individualisme; pas le contraire. Sur ce point, nous n'avons qu'à citer Portalis pour nous en convaincre : « En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. (...) La liberté de contracter ne peut être limitée (*sic*) que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique¹²¹ ». Si ce contexte a de quoi en exalter plusieurs, il demeure que d'aucunes considèrent que la liberté est une doctrine de désespoir, en ce qu'elle représente une capitulation de la société; cette dernière préférant laisser le soin aux individus de forger leur propre idéal¹²². Selon Demogue, la liberté serait une doctrine bourgeoise de sécurité statique. Par la mise en application du concept de liberté comme on le conçoit, l'immutabilité deviendrait la norme pour les possédantes : « le titulaire d'un droit est bien sûr de le garder, car n'est pas obligé qui ne le veut pas. Sauf les limites d'ailleurs un peu lointaines de l'ordre public, chacun fait ce qu'il veut. Voilà le résultat d'une telle liberté¹²³ ».

Cette vision, exposée en formule, prendrait la forme suivante : « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit¹²⁴ ». Cet aphorisme met en exergue le fait que la liberté soit mésusé par la caste dominante afin de se maintenir en place. Cette thèse est d'ailleurs reprise par un juriste en ces termes : « La liberté contractuelle sert à asservir l'homme et à créer un ordre privé économique¹²⁵ ». En revanche, la loi – représentant la volonté collective – serait le moyen qui permettrait d'atteindre la fin qu'est la justice. Quoi qu'il en soit, portons notre attention sur l'état du droit en la matière.

Section I : La liberté contractuelle

Transposée en termes contractuels, la liberté signifie avoir le choix de contracter ou non (1), avec la cocontractante de son choix (2) et – parfois – de déterminer le contenu ou la

¹²¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 57.

¹²² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 144.

¹²³ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 151 et 152. Il est à noter que lorsque Demogue rédige son ouvrage, il n'a pas été témoin des dérives totalitaires subséquentes du XX^e siècle. Par conséquent, il est probable que son opinion aurait été tempérée.

¹²⁴ Cette phrase aurait été prononcée dans le cadre de la 52^e conférence de Notre-Dame de Paris en 1848 par le Père Lacordaire. La citation a subi diverses modifications à travers les époques, mais l'idée principale est que la liberté peut asservir alors que la loi peut affranchir. Évidemment, des nuances s'imposent. Lorsqu'il est question de la loi, le Père Lacordaire ferait référence à la loi divine et à la loi de l'Évangile. Or, il est permis de douter que les autrices qui invoquent cette citation fasse référence à ce type de loi. Néanmoins, nous réitérons que c'est souvent l'interprétation de l'idée qui imprègne les esprits plutôt que l'idée elle-même.

¹²⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 16.

forme du contrat¹²⁶ (3). La liberté contractuelle a été au cœur de notre droit des contrats dès sa construction et occupait une place centrale dans le Code civil français¹²⁷, sans toutefois être expressément reprise.

De nos jours, la liberté contractuelle est consacrée à l'article 9¹²⁸ du Code civil du Québec et à l'article 1102¹²⁹ du Code civil français. Les deux législations ne posent qu'une limite à cette liberté : celle de l'ordre public. Hormis ces dispositions ayant trait à l'ordre public, la liberté contractuelle ne connaît pas de frontière. Lorsqu'on prend en compte le nombre important d'articles ayant un caractère supplétif – c'est-à-dire ceux qui ne sont pas impératifs et qui peuvent conséquemment être écartés par la volonté des contractantes, malgré leur présence dans le code –, il devient évident que la législatrice tient le principe de liberté en haute estime.

Analysons maintenant les trois caractéristiques sous-jacentes à la liberté contractuelle. Premièrement, le droit de contracter ou de ne pas contracter. Il y a lieu d'y apporter certains tempéraments. De fait, il est de ces situations où la loi impose des « contrats forcés ». Également, il existe plusieurs matières où les contractantes se trouvent en position de dépendance. Il en va ainsi pour les besoins primaires ou fondamentaux. À titre d'exemple, les besoins en logement, en nourriture, en vêtements et en énergie sont essentiels à l'humaine. Lorsqu'il est question de ces matières, le choix de contracter ne peut être qu'un artifice. Il en va de même lorsqu'une des parties se trouve aussi en position de dépendance, mais cette fois par rapport à sa cocontractante¹³⁰. Deuxièmement, la liberté de choisir sa cocontractante mérite tout autant d'être atténuée. Les situations de monopole, d'oligopole et de cartel sont hélas! bien présentes dans nos sociétés. Dans ces circonstances, la liberté contractuelle est loin d'être absolue. Pour l'instant, soulignons également que le foisonnement des contrats par adhésion restreint l'offre lorsque vient le temps de choisir sa partenaire contractuelle. Le fait d'avoir un choix multiple de sociétés ne saurait compenser la quasi-absence de distinction de leurs

¹²⁶ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 41. Voir également P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 15 et J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 144.

¹²⁷ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 57.

¹²⁸ « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public ».

¹²⁹ « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

¹³⁰ A. SUPLOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19, à la page 35 : « Le déplacement *de la loi au lien* est propre à caractériser le foisonnement de nouveaux contrats, qui n'ont plus seulement pour objet d'obliger les parties à donner, faire ou ne pas faire quelque chose de déterminé, mais à créer entre elles un lien qui oblige l'une à se comporter conformément aux attentes de l'autre ».

clauses imposées. Troisièmement, le fait de choisir le contenu de son contrat est désormais archaïque. Alors que la liberté contractuelle était auparavant présentée sous la forme de ce triptyque, les autrices n'ont eu d'autre choix que d'ajouter que ce principe sous-jacent incluait le choix de *forme* du contrat – et plus seulement du *contenu*¹³¹. Au regard de la prolifération des contrats par adhésion, la doctrine venait de trouver un moyen de masquer le problème d'absence de détermination du contenu du contrat par les deux parties. Aujourd'hui, notre liberté de contracter va même jusqu'à pouvoir choisir la forme de notre contrat...

Malgré toutes ces atténuations à travers les années, les législatrices persistent et signent : la liberté contractuelle est un principe phare du droit des contrats¹³². En France, on lui octroie la valeur de principe constitutionnel¹³³, et on lui confère une place prépondérante dans la récente réforme. En effet, elle fait partie de la trinité du droit des contrats français en compagnie de la force obligatoire (article 1103) et de la bonne foi (article 1104)¹³⁴. Au Québec, la doctrine lui attribue encore le titre de principe « directeur¹³⁵ » et « dominant¹³⁶ ».

Cela va de soi, la liberté contractuelle justifie en amont le fait que toute personne puisse contracter et constitue la composante juridique du modèle économique ambiant¹³⁷. Pour reprendre les termes d'un auteur : la liberté est « la pierre angulaire de tout l'édifice¹³⁸ ».

¹³¹ H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13, 21 : « Dans la position qu'il est permis d'appeler classique, au sens d'ailleurs récent du terme, la liberté s'entendait non seulement de celle de consentir au contrat, mais encore de celle de déterminer l'objet du contrat. »

¹³² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 41.

¹³³ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 141.

¹³⁴ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 41.

¹³⁵ P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 21 : « Si on peut être tenté d'affirmer que le nouveau Code civil reconnaît la situation particulièrement sensible du consommateur et instaure désormais une nouvelle moralité contractuelle aux stipulants, sur le plan des orientations générales et des fondements, le principe directeur de la liberté contractuelle conserve toute sa puissance et sa préséance en droit civil québécois. »

¹³⁶ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 148.

¹³⁷ F. KESSLER, « Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract », (1943) 43 *Columbia Law Review* 629, 640 : « The individualism of our rules of contract law, of which freedom of contract is the most powerful symbol, is closely tied up with the ethics of free enterprise capitalism and the ideals of justice of a mobile society of small enterprisers, individual merchants and independent craftsmen. »

¹³⁸ J.-F. KERVÉGAN, « From Status To Contract. Variations sur un thème trop bien connu », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 93, à la page 95 : « Or, la réalisation de cette condition du mode de production capitaliste qu'est le travailleur libre suppose "un développement historique préliminaire" : celui-là même, dirai-je, que décrit la formule de Maine. Il faut que le travailleur se « libère », ou plutôt soit défait du *statut* qu'il pouvait avoir dans les sociétés précapitalistes (pour employer le vocabulaire de Marx), que ce soit celui d'esclave, de serf ou de compagnon, pour devenir le *salaire*, ce travailleur doté de la liberté de passer un contrat de travail qui, en réalité, est le

En aval, la liberté contractuelle légitime les atteintes à la souveraineté des contractantes; c'est parce qu'elles sont libres qu'elles peuvent s'imposer des contraintes.

Section II : Les restrictions à la liberté

Les restrictions à la liberté sont de deux ordres : d'une part, elles émanent de la loi par l'intermédiaire de l'ordre public et, d'autre part, elles proviennent des individus elles-mêmes lorsqu'elles contractent. Dans les deux cas, il existe une justification communément admise; elles procèdent de la volonté¹³⁹ – générale dans le cas de la loi en vertu de la doctrine du contrat social et particulière dans le cas du contrat – ou du bien commun – lorsqu'il est question d'une restriction législative. Dans la présente sous-section, nous ne nous attarderons pas à la justification de la volonté qui sera abordée dans le prochain chapitre. Nous porterons plutôt notre attention sur les restrictions à la liberté.

On dit du contrat qu'il « est une renonciation volontaire à la liberté individuelle¹⁴⁰ ». De fait, en contractant, les parties bénéficient certes d'une prestation, mais se voient chargées d'une obligation. À titre d'exemple, la bailleresse s'enrichit du loyer, mais doit fournir la pleine jouissance des lieux en contrepartie. L'acheteuse profitera d'un nouveau bien, mais devra se départir d'un montant qu'elle aurait pu utiliser différemment. L'exemple archétypal revient certainement au contrat de travail : la travailleuse reçoit une rémunération, mais doit en revanche fournir sa force de travail et se priver de nombreuses heures afin d'effectuer ses tâches. Ces contractantes sont libres avant de s'imposer une contrainte, c'est-à-dire l'obligation contractuelle. Ainsi, le simple fait de contracter une obligation illustre la restriction à la liberté; c'est parce qu'on est libre qu'on peut restreindre cette même liberté. Si les exemples présentés ci-dessus font état d'obligations centrales dans le contrat, les restrictions à la liberté peuvent aussi être présentes à l'intérieur des clauses qu'on pourrait qualifier de secondaires. Entre autres, la clause de non-concurrence limite la contractante à la fin du contrat; la clause compromissoire, qui force les parties à emprunter la voie de l'arbitrage en cas de litige,

vêtement juridique de l'exploitation de sa force de travail, de la production de la plus-value (ou survalueur, comme on voudra). La *liberté* est donc, Marx y insiste, la pierre angulaire de tout l'édifice : "*Liberté!* car ni l'acheteur, ni le vendeur n'agissent par contrainte; au contraire, ils ne sont déterminés que par leur libre arbitre. Ils passent contrat ensemble en qualité de personnes libres et possédant les mêmes droits. Le contrat est le libre produit dans lequel leurs volontés se donnent une expression juridique commune". »

¹³⁹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 27 : « À la base de l'édifice sociale et juridique se trouve l'individu, c'est-à-dire une volonté libre. (...) De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit. »

¹⁴⁰ M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 56.

empêche les parties de saisir les tribunaux; la clause d'exonération ou de limitation de responsabilité restreint les droits de l'adhérente.

Dans tous les cas, il s'agit d'une entrave à la liberté. En résumé, comme « l'observait Dabin, "du fait de l'obligation qui le lie au créancier, la liberté du débiteur subit non seulement restriction, mais emprise, sa personne est engagée"¹⁴¹ ». De même, selon le philosophe Picavet et la sociologue Guibet Lafaye, le fait de contracter signifie à la fois de se priver de faculté d'action et de réaménager les contraintes¹⁴². Pour l'illustrer, une partie à un contrat peut avoir subi la contrainte découlant de son contrat de travail. La contrepartie pécuniaire pourra ensuite servir à payer un bien. Ces contrats successifs mettent en lumière le réaménagement des contraintes expliqué plus tôt. Lorsqu'elles contractent, les citoyennes adaptent leurs contraintes volontairement parce qu'elles sont libres de le faire.

Dans ce même ordre d'idées, si les contractantes acceptent le poids des obligations, c'est dans le but d'avoir une certaine emprise sur l'avenir. C'est dans cette optique qu'on parle de restructurer les contraintes. Lorsque l'on contracte, on fait un choix rationnel de se priver de liberté afin d'en tirer un bénéfice – c'est-à-dire la prestation de l'autre partie. Cette rationalité est d'ailleurs au cœur des théories du système en place. Au plan juridique, toute personne est présumée apte à exercer ses droits civils¹⁴³ dans son intérêt. Au plan économique, la « Théorie de l'Équilibre Général » veut que chaque individu soit rationnelle et « décide de son comportement, quel qu'il soit, sur la base d'une analyse coûts/avantages¹⁴⁴ ». Étant aptes et rationnelles, les citoyennes prennent ainsi des décisions en conformité avec leurs intérêts et dans le but d'avoir un ascendant sur le futur.

¹⁴¹ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 47.

¹⁴² E. PICAVET et C. GUIBET LAFAYE, « Les limites du droit de contracter », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 135, à la page 137 : « Contracter, c'est se priver de facultés d'action. Par le contrat, il s'agit avant tout de réaménager, pour les uns et les autres, les contraintes qui pèsent sur l'action. Dans cette perspective, *la liberté de contracter apparaît liée à la contrainte*. On peut admettre en effet que passer des contrats à partir d'un état de nature (comme dans la théorie de Hobbes) revient à acquérir des garanties au prix d'une perte de marges de manœuvre dans l'action et que contracter, dans une société politique déjà constituée, revient à réaménager les contraintes qui pèsent sur l'accomplissement des actions, en particulier à l'occasion d'échanges libres. »

¹⁴³ Article 4 du Code civil du Québec.

¹⁴⁴ O. FAVREAU, « Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie », dans C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 21, à la page 23 : « Le second "pilier" de la « Théorie de l'Équilibre Général » (qui continue de servir de référence cognitive pour la formation de tous les économistes) est la notion d'individu rationnel. Formulée de façon "soft", la rationalité signifie que l'individu décide de son comportement, quel qu'il soit, sur la base d'une analyse coûts/avantages; formulée de façon « hard », elle implique qu'un individu, dont les préférences respectent des axiomes de cohérence et de continuité, maximise son utilité espérée (avec l'incertitude de l'avenir ramenée à des probabilités numériques) en respectant certaines contraintes. Bref "rationnel" ne veut rien dire d'autre que « calculateur » (j'ajoute : froid et infatigable). »

Grâce à notre droit des contrats, lorsque les parties contractent, elles peuvent avoir un meilleur contrôle sur l'avenir. Certes, elles ne sont pas à l'abri d'un éventuel litige, telle une demande en nullité, mais le principe de la force obligatoire des contrats leur assure une prévisibilité. Comme le soulignent les professeurs Lluelles et Moore, cette prévisibilité ne se fait pas sans prix : « Le contrat est en quelque sorte une emprise sur le futur, un abandon partiel de liberté, ou de souveraineté personnelle. C'est une contrainte, mais une contrainte librement imposée à chaque contractant par lui-même¹⁴⁵ ».

Pour conclure ce chapitre, il importe de rappeler que la liberté est un jalon important du système en place¹⁴⁶ : c'est parce qu'on est libre qu'on peut contracter, mais c'est parce que l'on contracte qu'on porte atteinte à cette même liberté¹⁴⁷. Cette dernière est une condition *sine qua non* à la pérennité des sociétés capitalistes. En droit privé, elle revêt la forme de la liberté contractuelle qui permet d'alimenter le système. Pour reprendre les termes de Rouhette, « le contrat est le mode d'expression de la liberté (...) un style de vie¹⁴⁸ ».

¹⁴⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, p. 64.

¹⁴⁶ K. STOYANOVITCH, « La théorie du contrat selon Pachoukanis », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 89, 93 : « Cette économie, fondée sur la pratique des échanges d'équivalents dépersonnifiés, objectifs, abstraits, permet et exige l'élaboration d'une essence d'homme, de l'*Homme* tout court, ayant une nature permanente, interchangeable, libre par définition et qui se retrouve dans tout individu concret, quelle que soit sa position dans le processus de production et les rapports sociaux réels établis au sein de ce processus. Un tel homme, qui est un atome social et de ce fait même une image, une construction arbitraire, ne peut évidemment être doté que d'une volonté autonome et souveraine. C'est précisément cette idéologie, d'abord inconsciente et spontanée, en tant que phénomène social, puis élaborée et consciente, en tant que théorie philosophique, qui a engendré le concept de contrat et de règle de droit classique. Certes, on peut et on doit même la dénoncer comme erronée. Car non seulement elle ne repose pas sur l'état des faits tel qu'il ressort de l'analyse de l'échange, mais encore elle abuse de son caractère historique, limité dans le temps et dans l'espace, limité à la période du mode de production capitaliste, en se voulant valable pour tous les temps et tous les lieux, en se voulant intemporelle et universelle. »

¹⁴⁷ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 133 : « Sur le plan contractuel, la personne humaine s'oblige parce qu'elle le veut bien, c'est-à-dire par un acte de sa volonté souveraine, libre et réfléchie. D'une part, la source primordiale de toute obligation est la volonté individuelle à laquelle on ne peut imposer de restrictions sous peine de brimer la liberté du sujet de droit. D'autre part, les seules restrictions à la liberté de l'être humain ne peuvent venir que de lui-même, lui seul ayant le pouvoir de la restreindre par un acte volontaire. »

¹⁴⁸ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 24.

Chapitre II : La volonté

Ta vie n'a pas besoin de toi pour se vivre. Les jours n'ont besoin de personne pour se compter et compter un jour à tout le monde au fur et à mesure. Point n'est besoin de t'en faire, Bérénice.

À la fin de chaque jour, bon gré mal gré, manœuvrée sans douleur par les bascules automatisées et les tourniquets mécanisés, tu auras fait tes trois petits tours, tu auras marché, mangé et dormi, tu auras appris de la grammaire, de l'histoire et de la géographie, tu seras plus grande, plus instruite et plus profondément engagée dans la vacherie.

Réjean Ducharme, *L'avalée des avalés*

Si les législatrices s'entendent généralement pour définir le contrat comme étant un accord de volontés dans le but de produire des effets juridiques¹⁴⁹, il y a lieu de se questionner sur le niveau d'importance qu'on accorde à la volonté dans le contrat. L'accord de volontés « est l'élément moteur, le centre de gravité, la trame ou le *substratum*, le nœud ou le noyau, le fondement, la moëlle, l'essence, l'âme – enfin – du contrat; élément de droit naturel, pour ainsi parler, en l'absence duquel aucun contrat ne saurait jamais se former, en aucun lieu, en aucun temps, à défaut duquel un contrat est, à proprement parler, inconcevable¹⁵⁰ ». Cette citation de Rouhette doit évidemment être nuancée, particulièrement lorsqu'on analyse les conclusions de sa thèse¹⁵¹. Néanmoins, cette place qu'occupe la volonté dans le contrat demeure centrale.

L'importance de la volonté n'a pas toujours été aussi cardinale. À vrai dire, ce n'est qu'avec le concert – ou la complaisance diront certaines – du libéralisme économique et de la philosophie individualiste que la volonté a réussi à prendre une telle place au sein du droit des contrats¹⁵². Selon Gounot, dans « les législations primitives, la volonté de l'individu n'a presque aucune place : les rapports d'ordre contractuel sont rares, et le contrat lui-même est moins une question de volonté qu'une question de formes, de rites religieux ou de cérémonies sociales¹⁵³ ». Son propos ne vise pas à nier l'existence de la volonté dans l'acte contractuel, mais plutôt à relativiser son poids.

Cela tombe sous le sens, car, dans le cadre de ses travaux relatifs à la genèse du contrat, Rouhette établit que déjà Aristote faisait état de la volition lorsqu'il parlait de

¹⁴⁹ Voir *supra*, p. 18.

¹⁵⁰ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 349.

¹⁵¹ La volonté, à titre d'élément constitutif du contrat, est généralement admise en doctrine. Toutefois, certaines autrices sont en désaccord avec le fait de définir le contrat par « l'accord de *volontés* ». En vérité, la plus grande critique de l'intégration de la volonté dans la définition du contrat provient de Rouhette; critique qu'il a émise dans sa thèse datée de 1965. Après avoir fait la genèse du contrat, cet auteur conclut en rejetant la volonté du contrat pour en faire une source d'obligation créatrice de normes bilatérales; ni plus ni moins qu'un simple acte juridique. Pour plus de détails, voir les pages 635 à 638 de G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.

¹⁵² C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations – Le contrat*, 8^e éd., t. 3, Paris, Economica, 2016, p. 78.

¹⁵³ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 399.

synallagma. En effet, Aristote, dans ses textes de la *Rhétorique*, « distingue (...) les transactions privées (les *synallagma*) en volontaires et involontaires, et comme exemples des premières il énumère une série de contrats (ou d'opérations que nous appelons "contrats") : vente, prêt dépôt, louage¹⁵⁴ ». Il fournit également les exemples de la diffamation, du vol, de l'adultère, de la séquestration et du meurtre dans le cas des *synallagma* involontaires. « Pour découvrir dans le deuxième groupe d'hypothèses une absence de volonté qui en serait le trait caractéristique, il faut considérer non plus l'auteur mais la victime du délit¹⁵⁵ ». Toujours à l'occasion de son étude historique du contrat, Rouhette nous apprend que, dans le Bas-Empire romain, le « rôle de la volonté dans les contrats est proclamé de façon théorique : la volonté est "la mère des contrats"¹⁵⁶ ». Cette analyse permet de constater que seul l'ascendant de la volonté a varié en fonction des époques.

Quant aux raisons expliquant ces variations dans le temps, elles sont aussi nombreuses que les autres qui s'aventurent sur ce terrain. Du lot, quelques propositions ressortent. D'aucunes prétendent que la religion a eu un impact certain afin d'octroyer une telle place à la volonté dans le contrat. Sur ce point, les professeurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck sont sans appel : « L'apport des canonistes a durablement influencé la conception française du contrat¹⁵⁷ ». Cela s'explique par le fait que le droit canonique aurait permis que l'accord de volontés suffise à créer l'obligation à lui seul¹⁵⁸. Soulignons d'ailleurs que les codificatrices ne craignaient pas de manifester des opinions religieuses lors de la rédaction du Code Napoléon¹⁵⁹. À cet effet, les valeurs véhiculées par la religion chrétienne qui, rappelons-le, avait une certaine mainmise – pour ne pas dire une mainmise certaine – sur la société ont durablement influencé notre droit des contrats. La professeure Rolland opine en ces termes : « le contrat est devenu de plus en plus consensuel sous l'influence de la pensée chrétienne, qui le fonde alors sur le serment ou la foi jurée¹⁶⁰ ».

D'autres, sans nécessairement mettre l'accent sur la religion, estiment plutôt que les variations s'expliquent par le contexte sociopolitique de l'époque. La place de la volonté

¹⁵⁴ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 88.

¹⁵⁵ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 89.

¹⁵⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 306.

¹⁵⁷ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 227. Voir également G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 37.

¹⁵⁸ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 227.

¹⁵⁹ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 92 : « La croyance (concordataire) en Dieu était d'ailleurs, sinon une obligation, du moins un signe de civilité, d'intégrité et sans doute, en vertu du contexte, d'innocuité politique et sociale. »

¹⁶⁰ L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765, 768.

atteindrait l'apogée grâce à des philosophes de la modernité qui proclament la volonté individuelle comme unique source du droit¹⁶¹, ainsi qu'à l'esprit révolutionnaire français¹⁶². Selon le professeur Ghestin, « au-delà de la technique juridique, le contrat exprime une véritable idéologie volontariste des relations humaines¹⁶³ ». C'est ainsi que lorsque le Code Napoléon et le Code civil du Bas-Canada entrent en vigueur, la doctrine de l'individualisme juridique bat son plein. La professeure Ranouil résume cette doctrine en trois propositions : « d'abord l'homme naturel est a-social (*sic*) et possède des droits subjectifs propres; ensuite, la volonté individuelle est le fondement du droit, ce que l'on désigne par théorie de l'autonomie de la volonté; enfin, la coexistence des libres volontés individuelles est le but du droit¹⁶⁴ ». Dans la même veine, le professeur Baudouin soutient que le Code civil du Bas-Canada reflète bien la philosophie de son siècle, soit les caractéristiques « du laissez faire (*sic*) économique (minimalisation de la surveillance de l'État sur les rapports conventionnels), du principe général de l'intangibilité des contrats (c'est la loi immuable que les parties se sont donnée) et du dogme fondamental de l'autonomie de la volonté (la volonté des parties est souveraine et mène nécessairement à la justice contractuelle; "qui dit contractuel, dit juste")¹⁶⁵ ». Dans ces circonstances, si la volonté est prédominante dans la vie de tous les jours, elle le sera, de toute évidence, en droit des contrats¹⁶⁶.

Après ces diverses oscillations, qu'en est-il aujourd'hui? Il se dégage un certain consensus en doctrine voulant que même si la place de la volonté dans le contrat n'est pas aussi grande qu'au moment de l'apothéose du dogme de l'autonomie de la volonté, le contrat ne saurait exister sans volonté¹⁶⁷. À vrai dire, la vaste majorité des contemporaines s'entendent sur la définition du contrat recelant l'acte de volition¹⁶⁸.

¹⁶¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 54.

¹⁶² L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765, 768.

¹⁶³ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 149.

¹⁶⁴ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 130.

¹⁶⁵ J.-L. BAUDOUIL, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29, à la page 29.

¹⁶⁶ P.-A. CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 732 : « Le droit des obligations, c'est, en effet, la vie de tous les jours mise en équation juridique. »

¹⁶⁷ C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations – Le contrat*, 8^e éd., t. 3, Paris, Economica, 2016, p. 76 : « [M]ême si la volonté ne remplit plus totalement le rôle qu'on lui attribuait dans la conception classique, il n'empêche qu'il n'y a pas de contrat sans volonté de contracter et que, par conséquent, il est difficile de nier que le contrat repose sur un acte de la volonté. »

¹⁶⁸ Sans avoir la prétention d'être exhaustif, voici une courte liste : « Si deux volontés s'expriment, il s'agit d'un acte juridique bilatéral, d'un contrat » : D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, p. 33; « Pour être concis et complet, on peut dire que le contrat est un accord de volonté d'au moins deux personnes, destiné à produire des effets juridiques » : J.-L. BAUDOUIL, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 82; « Inspiré par l'article 1101 du *Code civil français* et conforme à la doctrine québécoise, cet article [1378] définit le contrat comme étant le résultat de la rencontre d'au moins deux volontés, destinées à créer des

D'ailleurs, cette définition reçoit l'aval d'autres disciplines. Les économistes voient dans « l'accord de volonté » la plénitude de la définition du contrat; l'adjonction « des effets de droit » n'intéresserait que les juristes¹⁶⁹.

Section I : Qu'est-ce que la volonté?

Maintenant qu'il a été montré que les législatrices définissent le contrat selon l'accord de volontés, que les tribunaux appliquent nécessairement cette définition et que les autres la cautionnent, il y a lieu de traiter de la volonté elle-même. Évidemment, ce travail d'envergure requerrait une thèse à lui seul. Néanmoins, il s'avère opportun d'y consacrer quelques lignes.

La volonté est définie par le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* ainsi : « Expression par une personne de sa détermination à prendre une décision. Elle constitue un élément essentiel à la formation d'un contrat¹⁷⁰ ». Certaines distinguent la volonté interne et la volonté exprimée. Selon la professeure Fabre-Magnan, le droit français – et, par extension, le droit québécois – met l'accent sur la volonté interne; la volonté exprimée n'a de valeur que si elle reflète la volonté intime. En revanche, le droit allemand se fonde sur la déclaration de volonté, soit la volonté exprimée, qui supprime la volonté interne¹⁷¹. D'autres différencient la volonté psychologique de la volonté

obligations » : V. KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 224; « Le contrat est donc une rencontre de deux ou plusieurs volontés en vue de réaliser certains effets de droit » : M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 54; « Le contrat est constitué par deux éléments, dont l'importance n'est pas toujours la même. D'une part, le contrat est un procédé technique pour assurer les échanges économiques. D'autre part, le contrat correspond à un accord de volontés des contractants » : C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations – Le contrat*, 8^e éd., t. 3, Paris, Economica, 2016, p. 77; « Selon l'analyse classique, le cœur du contrat est l'accord de volontés, qui en détermine la teneur » : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 263; « Parmi toutes les sources d'obligations, le contrat est un engagement volontaire, librement souscrit par les parties » : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016, p. 169.

¹⁶⁹ O. FAVREAU, « Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie », dans C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 21, à la page 24 : « Quelle est la différence entre ces deux [juridique et économique] définitions [du contrat]? Aussi surprenant que cela puisse paraître, la réponse est... *le droit!* Si les deux définitions ont la même amorce (un accord de volontés), elles n'ont pas la même visée : tout semble contenu, dès le départ, dans l'accord de volontés, selon l'économiste – et la référence au droit, à travers les tribunaux, ne valant qu'en cas de dysfonctionnement, qu'on doit logiquement tenir pour exceptionnel. »

¹⁷⁰ H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

¹⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016, p. 330. Il est à noter que ces assertions sont fortement nuancées par Rieg dans A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961. En effet, Rieg démontre que quoique les deux systèmes juridiques aient des assises bien distinctes – comme l'a exposé la professeure Fabre-Magnan –, la résultante est souvent analogue.

juridique. La volonté psychologique serait les paroles échangées alors que la volonté juridique serait les stipulations arrêtées¹⁷².

Dans un autre ordre d'idées, bien que les notions soient connexes, la volonté diffère du consentement. La professeure Frison-Roche les distingue en ces termes : « La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté¹⁷³ ». La volonté serait un signe de puissance, de domination et de force alors que le consentement en serait un de capitulation, de soumission et de faiblesse¹⁷⁴. En d'autres mots, la liberté – donc la volonté – serait dans le « non » alors que le consentement serait dans le « oui »¹⁷⁵. Approuvant cette distinction, la professeure Fabre-Magnan ajoute que « la volonté est interne, et marque une décision subjective et psychologique, tandis que le consentement est l'extériorisation de cette volonté, et décrit un processus plus formel et plus objectif¹⁷⁶ ». La volonté n'est pas non plus la négociation; cette dernière n'est pas « une condition d'existence ni une condition de validité du contrat¹⁷⁷ ». Selon le professeur Ghestin, l'existence de négociations ne suffit pas à justifier la qualification de contrat, car il n'en va pas de son essence¹⁷⁸. En contrepartie, l'absence de négociation n'exclut pas le sceau contractuel. Le contrat par adhésion – comme défini dans les codes civils – en est un exemple fort pertinent. En outre, comme le soulignent à juste titre les professeurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, « un nombre considérable de contrats est conclu sans négociations préalables¹⁷⁹ ».

¹⁷² L. CASTRO, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 51, 53 : « En sorte que le contrat abrite deux espèces de volontés différentes : une volonté psychologique et une volonté juridique. La définition du contrat comme acte juridique ne distingue pas entre ces deux espèces de volontés. Et, dès lors, il convient de séparer deux réalités qui ne sont pas réductibles l'une à l'autre. Le contrat conçu comme "accord de volontés tendant à produire des effets juridiques" confond le plan procédural du *contrahere* (les paroles que l'on échange, les signatures que l'on passe) avec le plan normatif du *contractus* (les stipulations arrêtées, les dispositions fixées). Au niveau du *contrahere*, nous sommes dans le domaine psychologique : l'on considère des propositions à débattre, des paroles que l'on échange, « la conception génétique et dynamique du contrat », "quelque chose qui se fait" selon la formule de M. Rouhette. Mais au plan du *contractus*, lorsqu'il s'agit d'exécuter le contrat, l'on désigne par « volontés » non plus les promesses qui ont été souscrites, mais les dispositions fixées, l'on considère la signification juridique des "vouloirs" psychologiques des contractants : une transition s'est opérée, le fait est devenu le droit. »

¹⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », (1995) *RTD civ.* 573, par. 2.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016, p. 170.

¹⁷⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016, p. 257.

¹⁷⁸ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 155.

¹⁷⁹ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 265.

De surcroît, nous l'avons vu¹⁸⁰, la volonté décrite par la doctrine et inscrite dans les codes civils n'est pas celle dépeinte par l'autonomie de la volonté. Il est désormais admis que notre droit des contrats s'appuie sur la théorie du volontarisme contractuel plutôt que sur l'autonomie de la volonté. Pour le volontarisme contractuel, le rôle de la volonté serait *important* dans la formation des contrats, sans en être l'*unique*¹⁸¹. Des professeur·e·s parlent aussi de « volontarisme social » et le décrivent comme étant la volonté à titre de fondement du contrat et qui agit à l'intérieur des cadres fixés par la loi en fonction de l'intérêt général et des intérêts légitimes des contractantes¹⁸².

Malgré ce qui précède en ce qui a trait à la définition de la volonté, à son rôle et à son influence au fil des époques, des autrices s'efforcent de rappeler que la volonté n'est qu'un pouvoir délégué par la législatrice aux parties.

Section II : La volonté est un pouvoir délégué aux parties qui doit se conformer au juste

Comment peut-on justifier que la volonté ait un tel pouvoir créateur d'obligations? C'est ce que les philosophes du droit et les théories du contrat tentent d'expliquer – ou, à tout le moins, d'étudier. Il semble cependant y avoir un consensus sur le fait que la volonté ne serait qu'un pouvoir délégué par la loi aux individus. De fait, contrairement à ce qui était avancé par la théorie de l'autonomie de la volonté, les libertés et les volontés individuelles ne sont pas souveraines¹⁸³. C'est ainsi que le professeur Ghestin soutient que les « volontés des parties se bornent à exercer un pouvoir "délégué"¹⁸⁴ ». Étant donné qu'il s'agit d'un pouvoir octroyé aux contractantes, celles-ci doivent conduire leurs affaires à l'intérieur des limites imposées par la loi. L'idée voulant qu'il soit question d'un pouvoir délégué et que celui-ci doive s'exercer selon les balises imposées par la législatrice concorde avec le Discours préliminaire du premier projet de Code civil de Portalis. Ce dernier rappelait que l'ordre public devait toujours avoir préséance sur les conventions privées. Le contraire serait d'admettre que les volontés particulières – donc privées – priment la volonté générale¹⁸⁵. Le fait de placer la volonté générale – donc la

¹⁸⁰ Voir *supra*, point I, partie I.

¹⁸¹ A. BÉLANGER, « Les théories du contrat en droit civil : panorama épistémologique », dans S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (Éd.), *Approches et Fondements du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018 (sous presse).

¹⁸² P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 81.

¹⁸³ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 152.

¹⁸⁴ J. GHESTIN, « Avant-propos », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1, à la page 1.

¹⁸⁵ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 91.

loi – au-dessus des volontés privées est un rappel que ces dernières sont subordonnées à la loi.

Si les contractantes peuvent gérer leurs affaires privées, c'est parce que – et uniquement dans la mesure où – cela est utile de leur déléguer un tel pouvoir et qu'on espère qu'elles soient en quête du juste. En respectant ces critères, la volonté des parties obtiendra l'aval du droit étatique et, conséquemment, le sceau contractuel. D'ailleurs, ce que le droit reconnaît et protège n'est pas tant la volonté elle-même, mais plutôt ce qui émane de celle-ci et qui est conforme « aux fins supérieures de l'organisation juridique¹⁸⁶ ». Voilà pourquoi l'autonomie reconnue aux parties « ne s'exerce que dans les limites plus ou moins étroites des compétences qui leur sont reconnues par le droit objectif¹⁸⁷ ». Le professeur Rémy relate les propos de Kelsen – appuyés par Rouhette dans ce cas-ci – voulant que le contrat serait placé sous la loi dans la hiérarchie des normes. Cela explique le fait que l'accord de volontés doive se conformer aux normes qui lui sont supérieures¹⁸⁸. C'est en effet le droit qui doit dominer la volonté; pas l'inverse : « La volonté n'est ni la cause efficiente, ni la cause finale du droit; elle n'en est que la cause instrumentale. Si le droit se réalise par elle, il ne réside pas en elle; il la domine, comme toute fin domine ses moyens¹⁸⁹ ». C'est parce que la volonté est conforme à la justice et au bien commun que le contrat acquerra force obligatoire¹⁹⁰. En ce sens, il est loisible de soutenir l'idéal selon lequel la volonté doit être la servante du droit afin que la justice s'accomplisse¹⁹¹. Pour conclure sur ce point,

¹⁸⁶ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 340.

¹⁸⁷ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 164.

¹⁸⁸ P. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 271, à la page 273.

¹⁸⁹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 450.

¹⁹⁰ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 378.

¹⁹¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 458 : « En d'autres termes, et pour résumer d'un mot, le principe du contrat et de tout le droit privé n'est pas : *Que la volonté de l'individu soit faite!* Mais : *Que par la volonté de l'individu la justice s'accomplisse!* » Ces sentences ressemblent drôlement à une prière chrétienne bien connue. En effet, comme l'a brillamment soulevé la professeure Rolland, Gounot s'avère être un catholique convaincu. D'ailleurs, sa thèse serait teinté d'une « troisième voie » : « Ce que Gounot ne dit pas et qui pourtant parcourt toute sa thèse en filigrane, c'est qu'il défend en fait une troisième voie. Le début du XXe siècle est habité par deux horizons idéologiques forts : le libéralisme et le socialisme. L'Église catholique rejette l'un et l'autre : le premier trop laxiste pour ne pas dire immoraliste, le second trop matérialiste pour ne pas dire athéiste. La hiérarchie religieuse propose, dans l'encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII en 1891, la doctrine sociale de l'Église : le Pape y préconise le maintien de la propriété privée, droit naturel établi par Dieu et garant de l'indépendance individuelle, mais en appelle à l'intervention de l'État pour lutter contre la misère sociale. Gounot est un Catholique convaincu : il a milité toute sa vie au sein du mouvement démocrate-chrétien et il a participé activement aux Semaines sociales de France. Sa thèse est largement tributaire de ce courant de pensée : le droit a vocation à servir le bien commun à travers ses institutions, à savoir la famille, les ordres professionnels et l'État. » Voir à cet effet

nous faisons nôtres les propos de Saleilles : « Les juristes veulent pouvoir dire : “cela est juste parce que cela a été voulu”. Il faut désormais que l’on dise : « cela doit être voulu, parce que cela est juste »¹⁹² ».

La conclusion de la première partie

Cette première partie nous a permis de traiter des deux socles sur lesquels s’appuie la théorie générale du droit des contrats, à savoir la liberté et la volonté. En effet, même si l’autonomie de la volonté est qualifiée par plusieurs de théorie dépassée¹⁹³, il n’en demeure pas moins que son influence sur le droit des contrats est à la fois colossale et indéniable. Ces deux principes cardinaux que sont la liberté et la volonté procèdent du contexte sociopolitique de l’époque des Lumières qui aura marqué durablement nos théorisations contractuelles. D’une part, bien que la liberté ne saurait être absolue, elle demeure une condition *sine qua non* à la formation des contrats. Au-delà de la technique contractuelle, cette construction renvoie à une manière de vivre qui caractérise nos sociétés. Le principe de liberté, transposé en termes civilistes, prend la forme de la liberté contractuelle. Loin de subir quelconque déclin, ce principe a été réaffirmé avec aplomb dans la réforme du droit français des obligations de 2016. La liberté contractuelle se décline en trois types de choix : celui de contracter ou de ne pas contracter, avec la cocontractante déterminée et celui du contenu ou de la forme du contrat. D’autre part, malgré que les débats à savoir si notre droit des contrats se fonde sur l’autonomie de la volonté, sur le volontarisme contractuel – ou social – ou encore sur le solidarisme contractuel soient des plus intellectuellement stimulants, nous nous limiterons à rappeler que la vaste majorité des législatrices et des autrices s’entendent pour accorder une place centrale à la volonté des contractantes dans la formation des contrats. La volonté, signe d’autonomie, de puissance et de domination, représente la faculté de l’humaine de prendre des décisions dans son intérêt. Ce pouvoir nous est octroyé – et, par le fait même, se trouve limité – par la loi.

La contractante libre qui unit sa volonté à celle d’une ou de plusieurs autres personnes dans le but de créer, de modifier ou d’éteindre des obligations conclut ainsi un contrat qui sera susceptible d’exécution forcée par sa cocontractante en cas de non-respect¹⁹⁴.

L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765, 779.

¹⁹² R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, p. 351.

¹⁹³ A. BÉLANGER, « Les théories du contrat en droit civil : panorama épistémologique », dans S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (Éd.), *Approches et Fondements du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018 (sous presse).

¹⁹⁴ Il s’agit évidemment d’un tableau brossé rapidement qui ne se veut pas exhaustif. Nous savons pertinemment que les parties doivent avoir la capacité de contracter, qu’elles doivent avoir un objet et une cause – du moins, au Québec – valides, que leur consentement ne doit pas avoir été vicié et que le contrat doit se conformer à l’ordre public.

Affirmer que cet accord sera un contrat n'est pas sans conséquence; tout un bagage ontologique accompagne cette qualification. Expliqué sommairement, c'est l'application de l'adage *Pacta sunt servanda*. Cet accord de volontés se verra revêtu de la force obligatoire du contrat. Des règles d'interprétation dudit contrat trouveront également application. Tout un pan des codes civils entrera alors en jeu : les règles générales du contrat, d'abord, qu'elles soient supplétives ou impératives, mais aussi, le cas échéant, les règles relatives aux contrats nommés. Bien plus que la technique contractuelle et les valeurs sociétales, l'action de contracter entraîne une privation de liberté, elle-même notion capitale de nos sociétés. La contractante souscrira nécessairement à des obligations qui limiteront son libre arbitre. Au sein de sociétés où la liberté est à ce point focale et étant donné l'imposant bagage ontologique accompagnant le sceau contractuel, il importe que la volonté exprimée ait un minimum de tangibilité et que la liberté des contractantes ne soit pas illusoire. La volonté manifestée d'une personne libre permet de justifier la privation de liberté et l'application des règles relatives au contrat. Au surplus, c'est une culture et tout un système de valeurs qui se retrouvent en filigrane lorsqu'on contracte¹⁹⁵. Ne citons par exemple que le respect de la parole donnée, l'individualisme et l'autonomie. C'est de cette façon que sont édifiés nos modèles juridique, économique et social. Cela nous différencie de certaines autres sociétés où les obligations ne sont pas transmises par l'échange, mais découlent plutôt de notre statut social ou familial¹⁹⁶.

Dans la prochaine partie, nous verrons qu'à notre humble avis, une partie importante du contrat par adhésion ne répond pas à ces critères et ne devrait conséquemment pas recevoir le sceau contractuel. En revanche, loin de les faire quitter le giron du droit privé, nous estimons que les législatrices pourraient contrôler les clauses à contenu imposé des contrats par adhésion.

¹⁹⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016, p. 135 et s.

¹⁹⁶ *Id.*

Partie II : Le contrat par adhésion

*Du point de vue de la classe inférieure,
aucun changement historique
n'a jamais signifié beaucoup plus
qu'un changement de nom des maîtres.*

George Orwell, 1984

La récente réforme française en droit des obligations a jeté un nouvel éclairage sur la notion de contrat par adhésion. Un débat a longtemps eu lieu en doctrine à savoir si le contrat par adhésion était de nature contractuelle¹⁹⁷. Essentiellement, deux camps s'opposaient : les défenseurs de la thèse anticontractuelle et celles soutenant la thèse contractuelle.

D'un côté, des auteurs niaient son caractère contractuel en l'associant plutôt à « un acte unilatéral de nature réglementaire¹⁹⁸ ». Pour ces juristes, le fait qu'une stipulante rédige unilatéralement une offre et l'adresse non pas à une individuue, mais plutôt à n'importe qui voulant l'accepter, a pour effet de sortir l'acte du champ contractuel afin d'en faire une loi collective¹⁹⁹ d'ordre privé. Saleilles plaidait d'ailleurs en ce sens au moment où il a qualifié cet acte pour la première fois. De fait, il estimait qu'il était vain de rechercher la commune intention des parties dans le cadre de l'interprétation du « contrat » en cause, car une seule partie l'a rédigé²⁰⁰. Il opinait en ces termes :

« L'interprétation, dans ce cas, devrait s'en faire comme celle d'une loi proprement dite, en tenant compte, beaucoup moins de ce qu'a pu croire et vouloir, soit l'ouvrier qui adhère aux conditions générales de l'engagement dans telle ou telle usine, soit le voyageur qui, en prenant son billet, adhère aux conditions et à la loi fixées par la compagnie, que de ce que ces chartes

¹⁹⁷ Voir A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, aux pages 173 et s.

¹⁹⁸ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 174.

¹⁹⁹ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 508.

²⁰⁰ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) *53 C. de D.* 577, 594.

générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité auxquelles elles s'adressent²⁰¹ ».

Par la suite, un nombre important de publicistes – comme Duguit²⁰² et Hauriou²⁰³ – a soutenu que les contrats par adhésion pouvaient être considérés comme des *statuts*²⁰⁴ et, en conséquence, qu'il était inane de rechercher les intentions des parties. Si les tribunaux avaient à interpréter ces contrats, les tenants de la thèse anticontractuelle suggéraient plutôt d'appliquer, comme le voulait Saleilles, les règles d'interprétation de la loi qui cherchent l'intérêt collectif « en fonction de la bonne foi et du respect des intérêts essentiels de l'individu » plutôt « que la volonté prédominante du rédacteur du contrat²⁰⁵ ».

De l'autre côté, en réplique à ces arguments, les partisans de la thèse contractuelle arguaient que l'adhésion au *statut* proposé par la stipulante était le reflet de l'acte de volition. Soulignons de nouveau que la volonté n'est pas la négociation et que rien n'empêche une partie d'indiquer à l'avance qu'elle refusera toute contre-offre ultérieure²⁰⁶. Le professeur Revet rappelait que « pour qu'un contrat existe, il faut et il suffit que tous ceux qui en sont les sujets aient accepté, par une décision libre et exempte de vice, le *corpus* de droits et d'obligations destiné à constituer une loi contractuelle²⁰⁷ ».

Les propositions des tenants de cette thèse découleraient également du sens commun : « Point n'est besoin d'études approfondies en psychologie pour constater que les parties à un contrat d'adhésion ne mettent point en doute la nature contractuelle de

²⁰¹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, p. 230.

²⁰² Voir L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003.

²⁰³ Voir M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010.

²⁰⁴ P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 15.

²⁰⁵ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 178.

²⁰⁶ P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 16.

²⁰⁷ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », (2016) *Recueil Dalloz* 1771, 1771.

l'opération²⁰⁸ ». D'ailleurs, la doctrine, « dans son immense majorité », a reconnu le caractère contractuel au contrat par adhésion²⁰⁹. C'est ainsi que les législatrices nationales y ont donné leur aval et qu'on retrouve des définitions du contrat par adhésion dans une multitude de codes civils.

Par l'intégration du contrat par adhésion au droit commun des contrats en 2016, la législatrice française a admis qu'un « contrat peut exister alors que son contenu a été élaboré par une seule des parties et soustrait, par elle, à la discussion de l'autre²¹⁰ ». C'est exactement ce qu'avait fait la codificatrice québécoise en 1994 lors de l'adoption du Code civil du Québec.

I. La définition du contrat par adhésion

Le Code civil du Québec édicte, à l'article 1379, que « [!]e 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 ». À son second alinéa, ce même article précise que tous les autres contrats sont de gré à gré. Il est désormais notoire qu'en pareille matière, la législatrice met en opposition deux espèces²¹¹ de contrats afin d'illustrer leur qualification. Par exemple, on opposera le contrat par adhésion au contrat de gré à gré²¹², le contrat synallagmatique à celui unilatéral²¹³, le contrat à titre onéreux à celui à

²⁰⁸ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 174.

²⁰⁹ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », (2016) *Recueil Dalloz* 1771, 1771.

²¹⁰ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », (2016) *Recueil Dalloz* 1771, 1772.

²¹¹ L'expression est reprise telle quelle du cinquième livre, titre premier, chapitre deuxième, section II du Code civil du Québec.

²¹² Article 1379.

²¹³ Article 1380.

titre gratuit²¹⁴, le contrat commutatif à celui aléatoire²¹⁵, le contrat à exécution instantanée à celui à exécution successive²¹⁶, etc.

De toutes ces espèces, l'opposition qui nous semble la plus inopportune est celle entre le contrat par adhésion et de gré à gré. Pour synthétiser notre pensée, citons le professeur Tancelin :

« L'expression contrat de gré à gré est un *pléonasme* (redondance, tautologie) en regard de la définition classique du contrat, 1378 C.c.Q. puisqu'il n'y a pas de contrat sans accord de volonté, en dehors d'une *commune* intention des parties, 1425 C.c.Q. Ce n'est pas une catégorie de contrats, c'est une expression doctrinale, utilisée par le législateur pour masquer l'hyperbole (l'exagération), voire l'antinomie (la contradiction dans les termes) de la définition du contrat d'adhésion. La situation est plutôt statutaire que contractuelle et ressemble plus à celle de l'institution du mariage, 365 C.c.Q., où les parties acceptent le statut matrimonial et partiellement patrimonial édicté par la loi, qu'à celle de la convention matrimoniale (*sic*) traitant des aspects patrimoniaux de l'institution laissés à l'initiative des parties, 431 C.c.Q. Pour l'essentiel, le contenu du contrat d'adhésion appartient soit à la loi, soit à la partie qui impose ou rédige le "contrat" d'adhésion. Il y a donc manifestement deux parties qui ne sont pas juridiquement sur un pied d'égalité, puisque l'une des "parties" se comporte comme une autorité *légalement* investie de pouvoirs supérieurs par rapport à l'autre. Ces pouvoirs ressemblent étrangement à ceux de l'autorité politique, qui sont de droit public. Ce n'est pas une partie, au regard du droit privé, c'est un détenteur de pouvoir, personne physique ou morale, munie de droits éminents et essentiels, qui ne ressortent pas clairement de la constitution, ni des chartes, ni du Code civil, ni d'aucun autre texte législatif ou réglementaire, mais d'une simple position de force économique. Autrement dit, une situation de fait n'entrant pas dans les catégories du droit civil classique, quelque chose soit d'archaïque, de féodal, de style anti-démocratique, soit à l'inverse, de futuriste, de favorable aux affaires, en parfaite conformité avec le régime international de la globalisation²¹⁷ ».

Toujours selon le professeur Tancelin, si la définition du contrat de gré à gré est à ce point escamotée – en nous renvoyant à la définition du contrat par adhésion –, c'est en

²¹⁴ Article 1381.

²¹⁵ Article 1382.

²¹⁶ Article 1383.

²¹⁷ M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 84.

raison du fait qu'elle ne serait pas une *espèce* de contrat, mais plutôt *le* contrat²¹⁸. Il souligne au passage l'incohérence de la définition du contrat par adhésion lorsqu'on l'accolle à la définition même du contrat : « Un "accord de volonté", 1378 C.c.Q., dont « les stipulations essentielles (...) ont été *imposées* », 1379 C.c.Q.²¹⁹ ».

Quoique nous soyons en *accord* total avec ces propos – et que ce point de vue ne nous ait pas été *imposé* –, il y a tout de même lieu d'analyser le droit positif en la matière. De l'article 1379, la doctrine et les tribunaux retiennent que le « contrat sera d'adhésion si deux critères sont réunis soit : l'imposition des stipulations essentielles et l'impossibilité de les négocier²²⁰ ». Comme le soulignait le professeur – désormais juge – Moore, la notion des stipulations essentielles suscite davantage de questions qu'elle n'apporte de solutions²²¹. Néanmoins, la jurisprudence a réussi à fournir certaines réponses avec les années. Le critère de l'imposition des stipulations essentielles ne viserait pas celles « de nature secondaire ou accessoire²²² ». Également, l'absence de négociation ne suffit pas à déterminer qu'un contrat a été conclu par adhésion. Il faut plutôt qu'il y ait eu *impossibilité* de négociation²²³. Cela explique qu'un contrat préimprimé ne sera pas d'emblée reconnu comme étant par adhésion²²⁴. Dans ce même ordre d'idées, bien que cela soit pris en considération, la présence d'un déséquilibre entre les parties n'entraîne pas d'entrée de jeu la qualification du contrat par adhésion²²⁵.

²¹⁸ M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 85.

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 443. Voir également J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 97.

²²¹ B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 206 : « L'expression "stipulations essentielles" suscite également d'autres difficultés. À quel moment de la relation contractuelle le caractère essentiel de la stipulation réfère-t-il; à la formation ou à l'exécution du contrat? Une clause de résiliation unilatérale n'est certainement pas essentielle lors de la conclusion du contrat mais peut le devenir lors de son exécution? De plus, pour qui la clause doit-elle être essentielle : pour les deux contractants, pour l'un d'eux, ou pour l'existence même du contrat? L'imposition des stipulations essentielles doit-elle être absolue? Ainsi, réduire le prix d'une automobile de quelques dollars fait-il en sorte qu'il y a eu négociation? »

²²² V. KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 237. Voir en ce sens J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 98. *A contrario*, voir D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, p. 102.

²²³ B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 450.

²²⁴ B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 448.

²²⁵ B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 446 et 451.

Somme toute, bien que la détermination du type de contrat se fasse *in concreto*²²⁶, la professeure Lefebvre, après avoir analysé en long et en large la jurisprudence, conclut « que les tribunaux qualifient souvent le contrat d'adhésion sans s'attarder à justifier explicitement cette qualification par une analyse des critères énoncés à l'article 1379. Ils font une évaluation globale de la situation²²⁷ ». Cela s'expliquerait par le fait que l'attention soit souvent et rapidement redirigée vers le régime du contrat par adhésion, comme la clause abusive par exemple²²⁸. Précisons enfin que selon les professeur-e-s Baudouin, Jobin et Vézina, le contrat type²²⁹ et le contrat réglementé ne sont pas automatiquement des contrats par adhésion²³⁰; l'analyse *in concreto* doit être effectuée pour ces contrats aussi afin d'en déterminer la nature²³¹.

De l'autre côté de l'Atlantique, la France débat du sujet depuis le début du XX^e siècle²³². Parmi les ouvrages sur la notion de contrat par adhésion, on retrouve la thèse de Me Berlioz parue en 1973. Selon lui, ce « qui est [...] essentiel dans le contrat d'adhésion c'est l'absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel, qu'elle soit le fait de l'une des parties ou d'un tiers²³³ ». Partant des efforts de la doctrine afin de définir le contrat par adhésion, la législature française a relevé le défi d'intégrer celui-ci à la réforme du droit des obligations en 2016.

²²⁶ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 99.

²²⁷ B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 444.

²²⁸ *Id.*

²²⁹ Gérard Cornu définit le contrat type comme étant une « espèce de contrat d'adhésion préparé à l'avance par de grandes entreprises [...] sous forme de modèle contenant les conditions générales d'un contrat qui, au moins théoriquement, ne tire sa force obligatoire que de sa reprise dans des contrats individuels » : G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., coll. Quadrige, Paris, P.U.F., 2014, p. 261. Selon Mme Villain, s'inspirant du professeur Fages, le contrat type « n'est donc qu'un document contractuel standard mis à disposition des parties, ou du moins de l'une d'elles, afin que celle-ci puisse définir le contenu du futur contrat. » Voir H. VILLAIN, *La détermination du contenu du contrat d'adhésion*, mémoire de maîtrise, Lille, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille, 2016, p. 31.

²³⁰ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 102.

²³¹ Pour une analyse exhaustive de la notion de contrat par adhésion en droit québécois, voir N. CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

²³² Voir *supra*, p. 37.

²³³ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 27.

C'est ainsi que le second alinéa de l'article 1110 du Code civil français marque l'entrée en scène du contrat par adhésion dans ledit code. Cet alinéa prévoyait, jusqu'à sa plus récente modification en octobre 2018, que « [l]e contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Avant cette modification, c'est-à-dire dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, les termes suggérés afin de définir le contrat par adhésion étaient les mêmes qu'au Québec, soit les « stipulations essentielles²³⁴ ». Or, la doctrine a accueilli pour le moins froidement cette proposition, car on arguait que les clauses problématiques en règle générale n'avaient pas trait aux stipulations essentielles, mais plutôt à celles qui sont accessoires²³⁵. De ce constat, on a ensuite modifié la définition afin de faire référence aux conditions générales plutôt qu'aux stipulations essentielles.

Par ce changement, on peut déduire que la législatrice avait voulu assortir le contrat par adhésion de trois critères : la rédaction unilatérale, l'absence de négociation et les conditions générales²³⁶. Si les deux premiers critères ne posaient pas problème pour la juriste québécoise, la présence des conditions générales s'avérait plus absconse. Quoique la définition ait à nouveau changé, nous estimons opportun de nous attarder à la notion de conditions générales. Selon le professeur Seube, les conditions générales sont des « clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire²³⁷ ». La professeure Fabre-Magnan ajoute les commentaires suivants :

²³⁴ H. VILLAIN, *La détermination du contenu du contrat d'adhésion*, mémoire de maîtrise, Lille, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille, 2016, p. 13.

²³⁵ *Id.*

²³⁶ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », (2016) *Recueil Dalloz* 1771, 1772. Il est d'ailleurs intéressant de constater que deux des trois critères sont les mêmes que ceux formulés par Me Berlioz dans sa thèse de 1973. Quant au troisième critère, soit les conditions générales, la législatrice a repris les termes de Saleilles de 1901.

²³⁷ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1974, p. 621, à la page 629. Voir également P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 3 : « Les conditions générales sont des clauses destinées à être incorporées dans un nombre indéterminé de conventions qu'un commerçant passe dans l'exercice de son activité professionnelle. Elles ont un support matériel consistant en un document imprimé incorporé au contrat. Généralement, ce document est une formule de contrat ou une feuille annexée; nombreuses sont cependant les conditions générales réunies en un recueil auquel les parties se réfèrent expressément ou tacitement lors de la conclusion et qui peut être consulté; il arrive également que les conditions générales soient simplement affichées dans le local où est passé le contrat ».

« L'essentiel du contrat d'adhésion est donc conçu unilatéralement par l'une des parties, l'autre n'ayant pas le pouvoir d'en discuter ni d'en modifier le contenu : le seul choix possible est d'accepter le contrat en bloc, en adhérant à toutes ses clauses, ou de refuser de contracter. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'expression maladroite de "conditions générales" utilisée dans l'article 1110²³⁸ ».

L'expression des conditions générales ne faisant toujours pas consensus, la législatrice française a arrêté sa définition sur les termes suivants : « [!]e contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties²³⁹ ». Il importe de s'arrêter aux termes utilisés : la législatrice a choisi le mot *négociables* plutôt que *négociées*. Cela a pour effet d'écarter les règles du contrat par adhésion si, dans les faits, les clauses étaient *négociables*, mais qu'elles n'ont pas été *négociées* par la partie qu'on aurait autrement qualifiée d'adhérente²⁴⁰. Si le terme *négociables* nous paraît moins énigmatique que les *conditions générales*, il reste que la législatrice française n'a pas écarté toute ambiguïté par l'utilisation des mots « ensemble de clauses ». Comme le soulignait la professeure Blanc, deux « clauses suffisent-elles à constituer un ensemble? Un ensemble signifie-t-il qu'une certaine unité et cohérence devront lier ces clauses? Les deux analyses sont concevables²⁴¹ ».

En raison de la nouveauté de cet article – et de la réforme –, la doctrine et la jurisprudence nous ont fourni peu de détails ou d'illustrations susceptibles de nous éclairer davantage. Quoi qu'il en soit, il sera intéressant d'observer la tangente qui sera empruntée par les juristes françaises en pareille matière – particulièrement en regard du droit québécois.

²³⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016, p. 258.

²³⁹ Voir le second alinéa de l'article 1110 du Code civil français.

²⁴⁰ L. LEVENEUR, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », (2018) 8-9 *Contrats, conc. consom.* Étude 11, par. 11. Voir également N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », (2018) 115h2 *RDC* 20, par. 9.

²⁴¹ N. BLANC, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », (2018) 115h2 *RDC* 20, par. 16.

Sans avoir la prétention d'exhaustivité et en réitérant que l'analyse doit se faire pour chacun des cas *in concreto*, nous souhaitons présenter un aperçu des types de contrats conclus par adhésion. Grosso modo, la majorité des contrats que conclut quotidiennement quelque quidam répond aux critères du contrat par adhésion. Il en est ainsi pour la plupart des contrats de consommation²⁴². Les contrats relatifs à l'assurance, au transport, à l'habitation, à la vente, au domaine bancaire, à l'approvisionnement (comme le gaz, l'électricité, etc.), aux abonnements, à l'édition, à la production, à l'enseignement, à l'hôtellerie, à la restauration, au cinéma ou au théâtre, etc. sont généralement des contrats par adhésion²⁴³. Il est effectivement rare que les stipulations essentielles ne soient pas imposées et que la stipulante permette la négociation de ses clauses en pareilles matières.

De plus, la quantité de contrats par adhésion ne risque pas de chuter en raison de l'essor du Web. Comme le soulignait le professeur Bélanger, « nous contractons toujours davantage et ce de plus en plus rapidement à l'aide des *shrink-wrap*, *click-wrap*, *browse-wrap contracts* qui ne sont que les fruits de l'adoption du contrat d'adhésion²⁴⁴ ». Non seulement Internet a pour effet de « créer » de nouveaux types de contrats par adhésion, mais il va de surcroît de soi que pratiquement tout contrat conclu sur la Toile sera par adhésion. Gounot exposait en 1912 qu'il était impossible de discuter ou de négocier avec la personne qui vend les billets de train à la gare, car elle n'a d'autre choix que de se conformer aux règlements internes de la compagnie; elle n'est que la porte-parole sans pouvoir décisionnel²⁴⁵. Il lançait la boutade suivante :

²⁴² Le professeur Lafond évalue que derrière 95 % des contrats de consommation se trouve des contrats par adhésion : P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 18.

²⁴³ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 167.

²⁴⁴ A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 129. Sur les contrats conclus sur le Web, voir G. BRUNAU, *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2010.

²⁴⁵ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 15.

« Autant vaudrait discuter avec des phonographes²⁴⁶ ». Imaginez de nos jours discuter ou négocier avec le Web...

II. Le contrat par adhésion ou le déséquilibre contractuel inévitable?

Le contrat par adhésion, que ce soit en vertu du droit commun québécois ou français, a pour prérequis l'absence de négociation. Dans ces circonstances, une des deux parties doit nécessairement avoir prérédigé ou préétabli le contrat – *l'instrumentum*²⁴⁷. Bien qu'il soit possible que le contrat par adhésion mette en relation deux parties de force comparable²⁴⁸, cette situation représente l'exception. De fait, « l'inégalité des parties, même si elle n'est pas expressément un des critères prévus par l'article 1379, constitue un élément inhérent à la notion de contrat d'adhésion²⁴⁹ ».

Il existe une kyrielle de raisons expliquant cette inégalité entre les cocontractantes. D'abord, la rédaction unilatérale illustre ce déséquilibre inhérent à la relation contractuelle. La stipulante bénéficie d'un temps de réflexion disproportionnée en comparaison à celui dont dispose l'adhérente. Ajoutons que la stipulante compte la plupart du temps sur des avocates chevronnées pour la composition des conditions générales²⁵⁰, et tire profit d'une expérience qui, contrairement à l'adhérente, lui permet de modifier ses clauses au gré des embûches rencontrées, en plus de lui faire réaliser la portée des clauses proposées²⁵¹. Par la répétition de l'acte ainsi que par l'uniformisation et l'indifférenciation des clauses, la stipulante acquiert le statut de professionnelle de cette relation contractuelle²⁵². L'unilatéralité permet aussi d'établir « les limites de sa

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 : « Terme latin signifiant "document", « pièce » que l'on utilise pour désigner, dans un acte juridique, l'écrit qui le constate ».

²⁴⁸ B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 446.

²⁴⁹ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, p. 109.

²⁵⁰ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 168 : « Le stipulant a, la plupart du temps, à son emploi, de bons avocats qui savent perspicacement rédiger un contrat dans l'intérêt exclusif de leur client. » Voir également G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 514.

²⁵¹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 28.

²⁵² *Id.*

prestation et de réaliser les implications des clauses qu'[elle] rédige à son avantage²⁵³ », ce qui accorde une forte longueur d'avance à la stipulante avant même la formation du lien contractuel.

Encore qu'elle jouisse de professionnelles à son service, de temps et d'expérience afin d'établir les clauses du « contrat », nous ne pouvons pas affirmer que la stipulante fait preuve de clarté²⁵⁴ – et il s'agit ici d'un euphémisme! En vérité, le professeur Moore nous révélait que les « résultats d'une étude ont proposé que le niveau de complexité d'une police d'assurance était comparable à celui de la théorie de la relativité d'Einstein²⁵⁵ ». Comment peut-on ensuite affirmer que la profane adhérente ait voulu un tel « contrat » jusque dans ses menus détails? Non seulement ne fait-elle pas preuve d'intelligibilité, mais la stipulante semble vouloir sciemment brouiller l'adhérente. Le professeur Gautrais relate que, depuis 10 ans, il se plaît « à ridiculiser la clause de Dell.ca selon laquelle il est interdit d'utiliser un bien acheté sur leur site pour conduire un aéronef, exercer des activités nucléaires ou utiliser des armes de destruction massive²⁵⁶ ». Un « contrat » recelant de telles clauses incite-t-il réellement une contractante à lire attentivement chacune des conditions générales? Pourtant, si elle se plaint de l'application d'une clause du contrat par adhésion, et ce, même si elle ne l'a pas lue et qu'elle en ignorait l'existence, on lui répondra que l'on donne effet à sa propre volonté²⁵⁷. Plus encore : irions-nous jusqu'à lui reprocher une telle attitude? Jusqu'à y voir une faute? C'est exactement ce qu'indique Batiffol :

²⁵³ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 30.

²⁵⁴ G. CHANTEPIE, « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », (2012) 3 *RDC* 989, 994 : « En renversant la perspective adoptée jusqu'alors pour partir du présupposé que les contractants ne lisent pas leurs contrats, l'exigence de clarté dans la formulation de l'énoncé perdrait de fait une large part de son intérêt. Elle repose en effet sur la volonté de rendre effective la connaissance du contenu normatif. Or, que le contrat soit clair ou non n'influerait pas, en pratique, sur le choix du contractant dans un contrat pré-rédigé. Sans doute la présence de clauses rédigées en caractères microscopiques ou dans un style excessivement complexe ne favorise-t-elle pas la lecture des conditions générales proposées. Mais cela ne constitue pas, le plus souvent, un obstacle à la conclusion du contrat. »

²⁵⁵ B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 217.

²⁵⁶ V. GAUTRAIS, « Protégeons le consommateur numérique! », dans P.-C. LAFOND et V. GAUTRAIS (dir.), *Le consommateur numérique : une protection à la hauteur de la confiance?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 3, à la page 7.

²⁵⁷ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 17.

« Le simple fait que le contrat est l'œuvre exclusive de l'une des parties qui l'a soigneusement étudié, cherchant à prévoir toutes les difficultés possibles, a pour résultat bien connu que le contractant signe sans avoir même pris connaissance de l'intégralité du contrat; l'aurait-il essayé que la portée d'un grand nombre de ses clauses lui aurait échappé. L'opinion juridique s'en est longtemps peu souciée : l'obligation de considérer la signature comme impliquant acceptation de toutes les clauses permettait de regarder l'ignorance de fait du souscripteur comme un accident fautif de sa part, dont il n'avait qu'à supporter les conséquences sans que le principe fût atteint qu'il était obligé par consentement²⁵⁸ ».

La rédaction unilatérale de la stipulante combinée à l'inexpérience et la vulnérabilité de l'adhérente permet aussi l'adjonction de clauses de pouvoir au sein des contrats par adhésion. Ces clauses sont définies par M. Tabi Tabi comme étant celles qui :

« procurent la faculté de décider unilatéralement du sort du lien obligationnel [...] Il pourrait s'agir, par exemple, de clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, de fixation ou de modification du contenu contractuel, de résiliation unilatérale du contrat, des clauses d'agrément, des clauses pénales, d'acceptation de risques. Ces clauses qui sont reconnues au contractant en position de force lui permettent d'exercer un pouvoir hiérarchique sur le cocontractant en situation de vulnérabilité. Le titulaire de ces droits a, par exemple, la latitude de résilier unilatéralement le contrat, de procéder à la fixation unilatérale du contenu obligationnel tout au long du processus contractuel, de fixer de la même façon le montant de la clause pénale ou de procéder pareillement à l'introduction des clauses limitatives de responsabilité²⁵⁹ ».

La vulnérabilité de l'adhérente a trait non seulement à son adhésion à une relation contractuelle tendancieuse de par sa rédaction unilatérale, mais également à sa faiblesse économique fréquente vis-à-vis de sa cocontractante :

« D'un côté, nous voyons de simples particuliers, souvent peu entendus aux affaires, souvent besoigneux, parfois illettrés, — et de l'autre, des Compagnies d'assurances ayant à leur service les plus habiles avocats, et des capitaux de plusieurs millions, ou encore des patrons possesseurs de grandes usines, et

²⁵⁸ H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13, 15.

²⁵⁹ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 600.

dirigeant de véritables armées d'ouvriers et tout un monde de machines, ou encore de puissantes compagnies de chemin de fer dont le budget égale celui de certain (*sic*) États²⁶⁰ ».

Notons également que l'avènement et la croissance des technologies permettent aux sociétés – qui représentent la majorité des stipulantes – de faire l'usage de tactiques de marketing²⁶¹, de métadonnées et d'études comportementales susceptibles de faire de l'adhérente une proie²⁶². Cette dernière se présente pour le moins fortement « désarmé[e] dans [cette] jungle économique²⁶³ ».

Toutes ces raisons ont pour effet d'introduire des clauses abusives dans les contrats par adhésion. Quoiqu'on pourrait croire que ces clauses engendreraient une contrepartie appréciable pour l'adhérente, comme la diminution du coût exigé pour le bien ou le service, la réalité en va autrement. Effectivement, si l'adhérente pouvait s'attendre à une réduction du prix pour compenser l'insertion de clauses léonines dans le contrat par adhésion, il n'en est rien. Le sens commun veut qu'en insérant des clauses disproportionnées, la stipulante contrôle le risque de la relation contractuelle et n'a conséquemment pas à alourdir ses prix. C'est ainsi que l'élimination du risque entraînerait par le fait même une compression des prix corrélative à ce risque évalué quantitativement en argent²⁶⁴. Il ne faut toutefois pas se leurrer; pour que le sens commun soit respecté, il faudrait que l'élimination du risque se répercute non pas sur les profits de la stipulante, mais plutôt sur les prix²⁶⁵ – ce qui n'est vraisemblablement pas le

²⁶⁰ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 514. Voir également E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 227 : « c'est ce fait qu'à ces contrats se trouve jointe toute une réglementation de leurs effets et de leur mode d'exécution, qui, au lieu de procéder des deux parties, est l'œuvre unilatérale d'une seule d'entre elles : celle-ci jouissant ainsi, non seulement d'une prépondérance économique manifeste, mais encore, au point de vue juridique d'un véritable "pouvoir réglementaire". »

²⁶¹ A. BÉLANGER, *Théorisations sur le droit des contrats, Propositions exploratoires*, coll. Dikè, Québec, P.U.L., 2014, p. 63.

²⁶² M. Tabi Tabi fait état de « déficits d'autonomie » sur divers plans en ce qui a trait à l'adhérente. Voir G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 611 : « Il est possible d'observer, par conséquent, dans le domaine contractuel des déficits d'autonomie de différents ordres tels que : intellectuel, informationnel, stratégique ou financier. Dès lors, il importe de ne pas les ignorer dans la recherche de l'équilibre. »

²⁶³ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 16.

²⁶⁴ P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 48.

²⁶⁵ *Id.*

cas. Dit autrement, les clauses abusives des contrats par adhésion ne se répercutent pas favorablement à l'adhérente par un prix moindre, mais plutôt à la stipulante par l'accroissement de sa marge bénéficiaire.

Pour ces motifs, il est impératif que la puissance politique encadre la puissance économique²⁶⁶ afin de rétablir – ou d'établir? – un équilibre entre les parties. La législatrice devra dès lors appliquer la « formule souvent reprise : "si les personnes sont égales, les parts seront égales, et si les personnes sont inégales, les parts seront inégales, le juste consistant à traiter inégalement des facteurs inégaux"²⁶⁷ ». D'où la mise en place des dispositions relatives au régime du contrat par adhésion, particulièrement la clause abusive – ou le déséquilibre excessif. L'objet de ces articles est « [d']assurer l'équité contractuelle²⁶⁸ ».

Cela dit, comme nous le verrons²⁶⁹, nous soutenons que les clauses normatives²⁷⁰ ou non obligationnelles²⁷¹ – que nous proposons de qualifier de clauses à contenu imposé

²⁶⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 103.

²⁶⁷ F. TERRÉ, « L'inutile et l'injuste », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 865, à la page 866.

²⁶⁸ B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 455.

²⁶⁹ Voir *infra*, p. 76.

²⁷⁰ Le professeur Moore nous présentait une définition des clauses normatives dans un article publié en 2005. Voir B. MOORE, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans F. MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 113, à la page 123 : « J'entends par l'équilibre normatif du contrat, ce qui touche non pas l'équilibre des prestations elles-mêmes, ce qui est du domaine de la lésion, mais plutôt de l'ensemble des stipulations contractuelles qui encadrent la relation contractuelle : clause de non garantie ; clause de non responsabilité ; clause de défaut ; clause pénale ; clause de résiliation. Ces clauses représentent non seulement la vaste majorité des stipulations contractuelles, mais aussi, la source principale de déséquilibre contractuel ; elles représentent bien l'idée que se faisait Saleilles du contrat d'adhésion lorsqu'il le comparait à un acte réglementaire unilatéral. » Voir également sur le sujet M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1057 : « Certaines clauses contractuelles, quoique complétives, créent surtout de véritables normes contractuelles. Certaines permettent, sinon d'attribuer aux parties des prérogatives juridiques, du moins de les aménager. Ces clauses ne créent donc pas réellement d'obligations contractuelles. Elles confèrent ou organisent un pouvoir contractuel. D'autres imposent entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers, des règles de comportement. Elles posent des directives de comportement adressées aux parties et des directives d'interprétation adressées au juge. »

²⁷¹ Dans un article fort enrichissant traitant de la force obligatoire du contrat, le professeur Ancel nous invitait à différencier le contenu obligationnel du contenu obligatoire du contrat. Voir P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) 4 *RTD civ.* 771. Dans le même ordre d'idées, le professeur Collart Dutilleul présentait les observations suivantes : « Le contrat, au sens strict, se partage ainsi entre un contenu exprimant les obligations des contractants, telles l'obligation de délivrance ou de paiement du prix, et un contenu obligatoire quoique non obligationnel, telles la clause pénale, la clause de

– ne sont pas de nature contractuelle et devraient faire l’objet d’un régime en soi dans nos codes civils afin qu’on cesse de les assimiler et de les traiter comme des contrats – avec tout le bagage ontologique intrinsèquement lié.

III. Le contrat par adhésion par nécessité et par utilité sociale

Malgré toutes les tares préalablement citées, si le contrat par adhésion a obtenu l’aval des actrices juridiques, c’est certainement en raison de sa nécessité et de son utilité (sociale) économique!

En effet, l’apparition du contrat par adhésion coïncide avec l’émergence de la société industrielle et devient nécessaire « pour écouler rapidement la production industrielle, devenue énorme par rapport à celle du modèle artisanal²⁷² ». Ces actes permettent à la stipulante d’engendrer plus de profits²⁷³ et aux deux parties de gagner en efficacité. Le développement de ces relations « contractuelles » s’explique par « la division du travail²⁷⁴, puisque celle-ci n’est pas possible sans l’échange dont le contrat est la forme juridique²⁷⁵ ». À vrai dire, il y a là une nécessité, car suivant cette réalité de division du travail, les individus sont *obligés* de contracter afin de se procurer les biens ou les services en dehors de leur champ d’activité²⁷⁶. Comme l’indique Gounot, il s’agit d’un

dédit, la clause limitative ou élisive de responsabilité, la clause de transmission d’un contrat accessoire au contrat principal, la clause de préavis, etc. Ces dernières clauses ne créent pas entre les parties de rapports de créancier à débiteur. Pour l’essentiel, elles prévoient, organisent, limitent, encadrent des pouvoirs unilatéraux et/ou des devoirs au profit ou à la charge de l’un ou de l’autre contractant : pouvoir d’exiger l’exécution ou des dommages-intérêts, pouvoir de résilier, pouvoir d’échapper à une obligation, devoir de justifier une décision unilatérale, devoir de respecter un délai, etc. Il suffit d’ailleurs de lire la liste des clauses abusives dans le code de la consommation (art. L. 132-1) pour avoir une idée de la nature de ces clauses » : F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l’ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 231. Plus loin, à la page 233, il les dépeint comme étant « des clauses qui ne génèrent pas en elles-mêmes des droits de créance, mais qui prévoient et organisent des pouvoirs ou des devoirs, de faire ou de ne pas faire, pour les contractants ».

²⁷² M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 83.

²⁷³ Voir *supra*, p. 49 et s.

²⁷⁴ Nous faisons référence ici à la division du travail en tant que principe et non pas en tant qu’objet.

²⁷⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1998, p. 374.

²⁷⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris, A. Rousseau, 1923, p. 69. Voir également E. GOUNOT, *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 307 : « C’est un fait que trop multiples sont les besoins des hommes et trop limitée leur capacité de travail pour que chacun puisse se suffire entièrement à lui-

contraste par rapport aux constructions sociales antérieures : « Chez les peuples peu avancés en civilisation, le commerce des échanges n'occupe qu'une place très restreinte : chaque famille produit presque tout ce qu'elle consomme et consomme à peu près tout ce qu'elle produit. Le contrat, instrument par excellence des relations économiques, est donc un phénomène relativement rare²⁷⁷ ».

Pour reprendre les termes de Me Berlioz, « "la production de masse devient la production pour les masses", l'uniformité des objets produits, la similitude des besoins, tels qu'ils sont ressentis ou tels qu'ils sont créés par les « mass media », font disparaître la nécessité du contrat comme mode d'individualisation et imposent, au contraire, celle du contrat d'adhésion comme mode d'uniformisation²⁷⁸ ». C'est ainsi que la société industrielle amène une division du travail, qui elle entraîne des échanges nécessaires à la vie en société, et qui eux ont pour effet d'accroître le nombre de relations contractuelles. Cet accroissement va de pair avec une uniformisation. Dit autrement, le « stereotyped contract of today reflects the impersonality of the market²⁷⁹ ».

C'est pourquoi nous soutenions que c'est « l'utilité sociale qui, dans les actes par adhésion, permet à une volonté unilatérale de produire un effet bilatéral²⁸⁰ ». Comme le soulignait le professeur Popovici, si toutes les contractantes négociaient leurs conditions au guichet de la gare, le train ne partirait jamais et les sociétés feraient faillite²⁸¹.

même. » ainsi que P.-A. CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 748 : « Depuis longtemps déjà, on s'est rendu compte que la satisfaction des besoins des uns et des autres reposait sur une collaboration entre eux, se traduisant par l'élaboration d'un régime, simple d'abord mais de plus en plus articulé, d'échanges de biens et de services permettant de tirer le meilleur parti des talents et de l'expertise, de l'expérience et des disponibilités de chacun. »

²⁷⁷ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 40.

²⁷⁸ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 18.

²⁷⁹ F. KESSLER, « Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract », (1943) 43 *Columbia Law Review* 629, 631.

²⁸⁰ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 523.

²⁸¹ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 170.

Cela énoncé, il y a lieu de se demander jusqu'ou sommes-nous prêtes à accepter que l'utilité et l'économisme priment l'équité, l'équilibre et la justice. Pour la professeure Muir Watt, la réponse semble aller de soi :

« Comment attendre, en effet, d'une méthodologie utilitariste et individualiste, qui tend à asservir le contenu des règles juridiques aux diktats de la prospérité économique, qu'elle contribue en quoi que ce soit à l'épanouissement d'une vision du droit fondée, tout à l'inverse, sur la primauté de l'homme sur les exigences du marché²⁸² »?

Après avoir défini, exemplifié et traité du déséquilibre inhérent ainsi que des racines du contrat par adhésion, il convient d'aborder son inadéquation avec les assises du contrat (chapitre I) et d'exposer la possible réconciliation des clauses à contenu imposé avec le droit privé (chapitre II).

²⁸² H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 183, à la page 183. Notons cependant que cette vision ne fait pas l'unanimité. De fait, des auteurs ont soutenu que les stipulantes iraient au-delà des termes du contrat en offrant un meilleur traitement aux adhérentes-consommatrices en raison du coût associé à leur réputation d'entreprise. Voir à cet effet L. A. BEBCHUK et R. A. POSNER, « One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets », (2006) 104 *Michigan Law Review* 827, 830 : « In the asymmetric-reputation case, the seller has little or no incentive to behave opportunistically because if he does, he will suffer a loss of reputation, which is a cost. The buyer, however, is not deterred by concern for reputation. [...] The expected cost of the term to the buyer must be discounted by the likelihood that reputational considerations will induce the seller to treat the buyer fairly even when such treatment is not contractually required. » Évidemment, nous partageons plutôt l'avis de la professeure Muir Watt.

Chapitre I : La liberté et la volonté dans le contrat par adhésion

Il n'y avait plus maintenant qu'un seul Commandement.

Il énonçait :

*TOUS LES ANIMAUX
SONT ÉGAUX
MAIS CERTAINS SONT PLUS ÉGAUX
QUE D'AUTRES.*

George Orwell, *La ferme des animaux*

Une partie considérable du contrat par adhésion se trouve en inadéquation avec la notion de contrat. Nous définirons plus amplement cette « partie du contrat par adhésion » lors du prochain chapitre. Il est toutefois opportun de préciser ici qu'en règle générale, les clauses qui font naître une relation de créancière et de débitrice – le contenu obligationnel du contrat²⁸³ – sont des clauses qui ont été voulues par les parties. Pour le professeur Ghestin, le droit de créance traduit le concept de justice commutative et vise à maintenir un équilibre dans les patrimoines²⁸⁴. Cette créance tire sa source soit d'un engagement d'ordre moral telle la donation, soit du fait que la débitrice ait déjà reçu une prestation de la créancière, ou encore qu'elle bénéficie d'une créance symétrique envers l'autre partie²⁸⁵. Il importe « dans le contrat, au regard du droit objectif [...] que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne²⁸⁶ ». Ces clauses obligationnelles sont donc en adéquation avec les assises du contrat, et nous sommes d'avis qu'elles doivent conséquemment recevoir le sceau contractuel.

Il en va autrement des clauses normatives, non obligationnelles ou, plus concrètement, des conditions générales – comme le proposait la réforme préalable à celle d'octobre 2018²⁸⁷. Nous qualifions ces clauses de *clauses à contenu imposé*. Ce sont d'ailleurs celles-ci qui font l'objet d'un haut potentiel d'abus, car « l'abus, comme le diable, se cache dans les détails, c'est-à-dire, pour les contrats d'adhésion, dans les conditions

²⁸³ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 231.

²⁸⁴ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 47.

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 48.

²⁸⁷ Voir à cet effet *supra*, p. 43.

générales²⁸⁸ ». Contrairement au contenu obligationnel, les clauses à contenu imposé ont rarement de contrepartie visant à maintenir un équilibre dans les patrimoines. Bien au contraire, elles visent justement à octroyer un avantage à la stipulante en faisant supporter tous les risques inhérents prévus au contrat à l'adhérente²⁸⁹. Ces remarques s'ajoutent à celles qui concernent le déséquilibre inévitable des parties au contrat par adhésion²⁹⁰. N'oublions pas également que « les conditions générales, en raison de leur longueur, de leur complexité, de leur abstraction, dépassent ce qui est à la portée d'un contractant non spécialiste [...] Elles remplissent la même fonction sociologique que la loi, sans offrir cependant aux contractants la même garantie d'impartialité²⁹¹ ». Partant, la lectrice devra tenir pour acquis que nous faisons référence aux *clauses à contenu imposé* lorsqu'il sera question de la disconvenance entre les assises du contrat et du contrat par adhésion.

Ces observations nous poussent à reprendre la question formulée par Rouhette dans sa thèse de 1965 en ce qui a trait aux crises du contrat : existe-t-il réellement une crise du contrat ou ne s'agit-il pas plutôt d'une crise de langage²⁹²?

« N'y aurait-il alors qu'une crise (voire une simple confusion) de langage? Une crise de la notion existe bien mais qui n'est point celle que l'on s'est imaginé décrire. Elle réside en ce que, rapprochant certains phénomènes d'une définition donnée, on a parfois procédé, de façon quasi-honteuse (*sic*), sans s'y appliquer franchement ni s'en expliquer clairement, sinon à une véritable révision, du moins à une altération de la notion de contrat; progressivement, on a concédé telle ou telle des exigences jugées naguère essentielles au contrat : liberté du consentement, égalité des contractants, détermination volontaire des effets, et, par un double mouvement corrélatif – tant il est vrai que l'extension et la compréhension d'un concept sont en raison inverse l'une de l'autre –, on a couvert du pavillon contractuel des territoires étrangers, ou certaines portions de territoires, aux frontières à vrai dire indistinctes, cependant que l'essence du contrat se voyait renfermée en un noyau irréductible dont la détermination relève

²⁸⁸ F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 155, 175.

²⁸⁹ P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 30.

²⁹⁰ Voir *supra*, point II, partie II.

²⁹¹ P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 30.

²⁹² G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 7.

beaucoup plus du sentiment (ou du sens) juridique que d'une démonstration rigoureuse²⁹³ ».

À force de tout ramener à la notion de contrat, a-t-on fait la même chose que ce que Mazeaud exposait dans son article concernant « l'absorption » des règles juridiques par la responsabilité civile²⁹⁴? La notion de contrat a-t-elle fini par phagocytter *tout* acte effectué entre deux parties privées? La question mérite à tout le moins d'être posée.

Fermons cette (trop!) brève parenthèse et revenons au contrat par adhésion en mettant en parallèle deux réflexions. La première provient de Portalis. Dans son discours préliminaire du premier projet de Code civil français, le jurisconsulte y allait de l'affirmation suivante :

« On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégènerait elle-même en inquisition²⁹⁵ ».

Dans cet extrait, Portalis nous confie que l'idée générale du Code Napoléon est de laisser aux individus le soin de gérer leurs affaires; il s'agit là d'une question de responsabilité individuelle. Les parties doivent veiller à leurs intérêts en étant attentives et sages. Il précise que la législature n'interviendra pas en toute matière et que les justiciables ont l'obligation « d'user de leur raison ». Voilà le résumé de l'idéologie concernant le droit privé qui n'est pas sans rappeler les enseignements d'Aristote²⁹⁶.

²⁹³ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 9.

²⁹⁴ H. MAZEAUD, « L' "absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », (1935) *Recueil Dalloz* 5.

²⁹⁵ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 61.

²⁹⁶ CHÉNEDÉ, F., « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) *4 Annuaire de l'Institut Michel Villey* 155, 171 : « Selon Aristote, les commutations volontaires, c'est-à-dire les conventions, doivent respecter une égalité arithmétique, c'est-à-dire une équivalence entre les prestations. Telle est, dans l'esprit du philosophe, la *fin* du droit des contrats : la *justice* commutative, c'est-à-dire le maintien des équilibres patrimoniaux. Demeure toutefois la question des *moyens* : comment

Ces idées sont tout à fait raisonnables en ce qui a trait au contrat négocié pour lequel les contractantes ont accepté des concessions réciproques. Or, qu'en est-il du contrat par adhésion?

Dereux nous fait part de la mise en situation suivante ayant trait à la voyageuse par bateau qui souhaite étudier les conditions générales avant d'accepter le contrat proposé :

« Avez-vous alors la possibilité d'examiner tout [le] contenu [du contrat par adhésion] et d'en peser les conséquences juridiques, pour le rendre à l'employé, si vous y trouvez une clause inadmissible? Mais, au moment même où vous le prenez, le voyageur qui suivait a déjà fait sa demande et est venu occuper le devant du guichet. Prétendez-vous obstinément lui barrer le passage jusqu'à complet examen de votre billet? Alors tous ceux qui viennent après, et qui craindraient de manquer leur bateau, vont vous interpeler en termes plus ou moins polis, et absorberont votre attention; en même temps vous subirez une pression de plus en plus vigoureuse qui vous écartera invinciblement du guichet. J'admets cependant que vous soyez doué d'une patience inlassable, d'une force herculéenne, et que vous résistiez à ces assauts. Mais voici un agent de police ou un gendarme qui s'approche, et, devant les réclamations unanimes des autres voyageurs et de l'employé, vous oblige à circuler. Et quand même vous pourriez, grâce à votre obstination, lire les clauses imprimées du billet sans quitter le devant du guichet, quel en sera le résultat? Si ces stipulations vous paraissent raisonnables, vous risquez d'être actionné en dommages-intérêts par les voyageurs à qui vous aurez fait manquer leur bateau, ou par la Compagnie dont vous aurez gêné les opérations; — si au contraire ces stipulations vous paraissent inadmissibles, l'employé refusera de reprendre le billet, et il aura raison; car du moment que vous êtes d'accord avec la Compagnie sur le transport à effectuer, et sur le prix, l'acte juridique existe valablement et ce n'est

assurer la justice dans les contrats? Faut-il s'en remettre à la volonté des parties, solution prônée par l'école volontariste? Doit-on permettre au juge d'apprécier l'équilibre contractuel, solution préconisée par le courant solidariste? La réponse apportée par Aristote est dénuée d'ambiguïté : c'est aux parties et à elles seules qu'il appartient de déterminer le juste dans les commutations, c'est-à-dire l'équivalence des prestations. Pourquoi? Car, "il n'est pas possible, écrit Aristote, de subir l'injustice volontairement". Saint Thomas le redira après lui, si « quelqu'un donne volontairement à un autre plus qu'il ne lui doit, il ne commet ni injustice, ni inégalité ». Dans la pensée d'Aristote, un contractant qui s'engage librement ne saurait se plaindre d'un déséquilibre des prestations, c'est-à-dire, techniquement, d'une lésion. » Le professeur Chénédeé ajoute, à la page 172, « que d'Aristote à Kant, en passant par Saint Thomas ou Grotius, on retrouve toujours la même idée fondatrice pour le contrat : l'homme étant le meilleur juge de son intérêt, c'est à lui qu'il appartient de déterminer l'équivalent de sa prestation. »

pas un simple désaccord sur des clauses accessoires qui peut permettre de l'annuler²⁹⁷ ».

Bien plus encore, si vous êtes en désaccord avec une ou deux clauses et que vous souhaitez tout de même prendre le bateau en raison du fait qu'il s'agit de la seule façon de se rendre à destination – ou que la société concurrente, s'il en est, propose les mêmes conditions –, essayez de négocier avec l'employée au comptoir. Dans de telles circonstances qui ne sont pas qu'anecdotiques, comment pouvons-nous encore parler de contractantes attentives et sages en ce qui a trait à l'adhérente? Aussi raisonnée soit-elle, elle se verra imposer le contenu de ces clauses sans la moindre pitié ni vergogne.

Cette sujétion va pourtant à l'encontre des principes fondateurs de nos sociétés contemporaines qui veulent « que tout être humain a un prix inestimable et a droit au respect [...] que l'individu ne peut être la chose de personne, pas plus de l'État que d'un autre individu²⁹⁸ ». Alors comparons maintenant les assises du contrat et la notion de contrat par adhésion.

Section I : La liberté dans le contrat par adhésion

Comme nous l'avons observé, la liberté contractuelle est un principe phare du droit commun des contrats et de la théorie générale²⁹⁹. Pour le professeur Collart Dutilleul, la liberté contractuelle a pour préalable l'égalité des contractantes ainsi qu'un minimum de fraternité qui s'observe dans la détermination du contenu du contrat par la considération de l'intérêt de sa cocontractante³⁰⁰. Il souligne que l'égalité, qu'il qualifie d'impératif

²⁹⁷ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 517.

²⁹⁸ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 39.

²⁹⁹ Voir *supra*, section I, chapitre I, partie I.

³⁰⁰ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 240.

social, domine tout le droit, que ce soit entre les citoyennes, entre les femmes et les hommes, entre les personnes mariées, entre les cocontractantes, etc.³⁰¹

Cette liberté contractuelle se décline en trois choix, soit celui de contracter, celui ayant trait à sa cocontractante et celui de déterminer le contenu ou la forme du contrat³⁰². Comme nous l'avons vu, cette théorie axiomatique mérite d'être fortement tempérée. Ces nuances sont d'autant plus importantes lorsque les contrats sont conclus par adhésion. Qu'on nous comprenne bien : ces libertés existent au plan théorique. Cependant, comme nous tenterons de l'illustrer dans les pages qui suivent, la réalité montre qu'en présence d'un contrat par adhésion, ces libertés sont l'exception et non la règle dans nos sociétés de marché.

Sous-section I : Le choix de contracter ou de ne pas contracter

La première composante de la liberté contractuelle est la faculté de contracter ou de ne pas contracter. Dans une économie où la division des tâches et du travail supplante l'autarcie, l'action de contracter apparaît inéluctable³⁰³. Même en écartant la réalité de surconsommation contemporaine, il est impératif de contracter afin de se loger, de se nourrir, de se vêtir et de se chauffer – particulièrement dans notre pays nordique. Naturellement, nous retrouverons toujours certaines courageuses qui nous feront mentir en vivant en marge de la société et en étant autosuffisantes pour leurs besoins primaires et essentiels. Pourtant, n'est-ce pas là la démonstration patente voulant qu'à l'intérieur de nos sociétés – c'est-à-dire sans y vivre en marge –, le fait de contracter soit inexorable?

³⁰¹ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 240.

³⁰² Voir *supra*, section I, chapitre I, partie I.

³⁰³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 85 : « Ainsi, par lui-même, l'état de nécessité n'est pas une cause de nullité de contrat. Il altère pourtant la volonté tout comme la contrainte, mais cette altération ne provient pas d'une extorsion et, à vrai dire, tout homme se trouve plus ou moins dans la société en état de nécessité de contracter, car il ne peut vivre sans contracter. »

Déjà en 1970, alors que la liberté contractuelle bat son plein et que le contrat par adhésion n'existe pas au plan législatif, le professeur Baudouin y allait de ces remarques :

« On peut même aller jusqu'à contester la liberté même du choix de ne pas contracter puisque, s'il existe un monopole, la liberté du contractant est en fait purement illusoire, puisqu'il a le choix de se priver d'un service essentiel (transport, électricité), mais ne peut s'adresser à quelqu'un d'autre pour obtenir un service identique. Ne sort-on pas véritablement à ce moment-là du domaine contractuel pour tomber dans celui de l'institution ou du statut³⁰⁴ »?

Non seulement qualifiait-il la liberté contractuelle de « purement illusoire » dans certaines circonstances, mais il prêtait de surcroît sa voix aux critiques de la thèse contractuelle en suggérant que le contrat par adhésion « sortait » du domaine contractuel. Il ajoutait qu'en présence de tels « contrats », la « liberté contractuelle est réduite à sa plus simple expression et si le contractant garde encore un choix³⁰⁵ », c'est celui de contracter ou de ne pas contracter. Loin de renier ses écrits, l'auteur réitère dans la dernière version de son ouvrage en 2013 que ce choix s'avère « parfois purement théorique³⁰⁶ », tout en se demandant *si* la contractante bénéficie toujours de ce choix³⁰⁷.

Au-delà des contrats ayant trait aux besoins essentiels et primaires des individus, il en existe certains où le choix de contracter relève du simulacre. Parmi ceux-ci, on retrouve celui en matière d'emploi qui se conclut, pour une majorité de salariées, par adhésion. C'était exactement le constat qui se trouvait en filigrane de la question formulée par Batiffol : « Le contrat de travail est-il librement consenti aux conditions qui ont été fixées par l'employeur quand le salarié sait qu'il n'aura aucun autre moyen de subsistance s'il n'accepte pas³⁰⁸ »? Cette affirmation est particulièrement à propos dans le cas de la

³⁰⁴ J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 32.

³⁰⁵ J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 64.

³⁰⁶ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 94.

³⁰⁷ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 314.

³⁰⁸ H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13, 16.

travailleuse peu qualifiée. Soulignons d'ailleurs que c'est celle-ci qui est d'autant plus vulnérable, et qui fait l'objet d'une relation déséquilibrée vis-à-vis de sa cocontractante³⁰⁹.

Qu'en est-il des contrats de consommation qui se forment généralement par adhésion? Selon le professeur Lafond, et pour les raisons qui suivent, ce choix est au mieux conditionné :

L'adhérent, « à la fois dépossédé de l'information qui lui permettrait de négocier d'égal à égal les conditions de son contrat, noyé par son abondance, mais surtout éloigné d'un libre choix véritable parce que prisonnier d'un marché monopolistique ou oligopolistique ou, au mieux, victime de pratiques commerciales efficacement persuasives, n'est plus qu'un contractant à la solde de la liberté de l'autre. Dans une société de consommation où la publicité a remplacé l'information et où celle-ci est difficilement comparable d'une entreprise

³⁰⁹ Le contrat de travail est un terreau particulièrement fertile pour l'analyse du contrat par adhésion. Des parallèles et des analogies fécondes peuvent s'appliquer en pareilles matières. Voir notamment P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 197, à la page 199 : « Le régime juridique du contrat de travail révèle par ailleurs une tension entre le schéma qui sous-tend la relation contractuelle, où prévaut l'idée d'un accord de volontés entre des personnes libres et égales en droits, et la notion de subordination perçue comme fondatrice de la relation de travail salariée. L'histoire des rapports entre le droit civil et le droit du travail peut alors s'appréhender comme celle du dépassement de la contradiction entre l'affirmation juridique et politique de la liberté et de l'égalité et les conditions concrètes de conclusion et d'exécution du contrat de travail. » Pour ce qui est de la relation déséquilibrée, voir notamment P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 197, à la page 201 : « [L'inégalité] est alors plus économique que juridique et tient à la situation d'infériorité du salarié dans la négociation précontractuelle. Cette infériorité qui résulte de la contrainte économique, de l'ignorance ou de la vulnérabilité particulière de l'un des contractants n'est cependant pas spécifique au salariat. Elle peut tout aussi bien caractériser la situation de l'artisan du sous-traitant ou du consommateur. Mais l'infériorité n'est pas encore la subordination. Dans le contrat de travail, à l'infériorité initiale, vient s'adjoindre une subordination juridique qui est le *résultat* du contrat. Le chef d'entreprise dispose du pouvoir d'édicter des normes, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner l'inexécution, au besoin par la rupture de la relation de travail. La subordination – étymologiquement être sous les ordres d'autrui – implique nécessairement une hiérarchisation des rapports humains. Le contrat de travail heurte donc l'égalité contractuelle dans ses deux composantes que sont l'égalité des contractants et l'équivalence des prestations. Le droit du contrat de travail, par les réponses qu'il donne aux effets de la subordination, offre ainsi un modèle à l'ensemble des situations où le contrat se construit dans une situation de dépendance ou lui donne naissance. Les mécanismes correcteurs de l'inégalité que le droit du contrat de travail met en place peuvent servir de modèles dans toutes les situations contractuelles construites sur une base inégalitaire ou produisant une inégalité. »

à l'autre pour un même bien ou un même service (en raison de la multiplicité des options et des forfaits), où réside le libre choix du consommateur³¹⁰ »?

Pour des esprits plus sagaces que le nôtre, il serait digne d'intérêt de mettre en parallèle le *conditionnement contractuel* présenté par le professeur Lafond et l'*aliénation contractuelle* ou la *réification contractuelle* parmi lesquelles le professeur Bélanger réfléchit dans ses travaux³¹¹. Cela étant dit, il nous paraît pour le moins douteux – voire fallacieux – de soutenir qu'il existe un véritable choix pour l'adhérente lorsque celui-ci est conditionné.

Pour clore cette première partie du triptyque de la liberté contractuelle, nous ferons nôtres les propos de M. Tabi Tabi :

« Certes, devant la puissance de la partie privilégiée, le cocontractant le plus à plaindre dispose souvent d'un moyen qui est la faculté de refuser de se soumettre, en se retirant de la relation contractuelle. Cependant, à y regarder de près, est-il possible de parler de pouvoir dynamique ayant pour objet de lui procurer la satisfaction recherchée du lien obligationnel ou n'est-ce pas alors une simple faculté de résignation qui lui est reconnue parce qu'il ne peut pas faire autrement? Il nous semble que la seconde hypothèse est la plus appropriée. Réduire la défense des intérêts de la partie en situation de vulnérabilité à la faculté de se retirer du lien obligationnel n'est rien d'autre que la reconnaissance, *de facto*, de la situation d'inégalité qui préside à la destinée du rapport d'obligations³¹² ».

À la suite de ces réflexions, il y a lieu de se demander si la liberté contractuelle n'est pas devenue, par le concours du contrat par adhésion, la liberté de *résignation*.

³¹⁰ P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 18.

³¹¹ Voir A. BÉLANGER, *Théorisations sur le droit des contrats, Propositions exploratoires*, coll. Dikè, Québec, P.U.L., 2014, p. 62 et s. Nul doute que le professeur Bélanger nous en voudrait de ne pas citer les ouvrages qui alimentent sa réflexion. À cet effet, voir notamment A. HONNETH, *La réification, Petit traité de Théorie critique*, Paris, Gallimard, 2007.

³¹² G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 602.

Sous-section II : Le choix de sa cocontractante

Le deuxième élément constitutif de la liberté contractuelle est la faculté de choisir sa cocontractante. Pour le professeur Ghestin, lorsqu'il est question de déclin ou de crise du contrat, il s'agit uniquement de l'archétype conçu par le dogme de l'autonomie de la volonté qui est en crise, notamment le fait de choisir en toute liberté sa cocontractante³¹³. Est-ce que le professeur émérite sous-entend que le droit commun des contrats, par le truchement de la liberté contractuelle, n'enchaîne pas le choix de sa cocontractante ou s'il est plutôt d'avis que ce choix est sans importance? Quoi qu'il en soit, nous avons vu³¹⁴ qu'il est communément admis que nos codes civils consacrent la liberté contractuelle et que la doctrine y intègre le choix de la cocontractante – comme la législatrice française à l'article 1102 du Code civil français.

Qui plus est, on pourrait croire que nos sociétés de marché sont propices à la mise en place de la compétition et de la concurrence favorables aux consommatrices. Or, comme l'explicitait Kessler, les adhérentes représentent la partie vulnérable et ne sont pas à même de négocier, car ou bien les stipulantes sont en position monopolistique – naturel ou artificiel –, ou bien toutes les sociétés concurrentes imposent les mêmes clauses³¹⁵. Afin d'illustrer ce défaut de concurrence, le professeur Moore y allait de boutade suivante : « Rarement entend-on : Venez acheter chez-moi, mes clauses pénales sont moins onéreuses, et la résiliation est souple...³¹⁶ »! C'est également la conclusion tirée par Me Nordmann : « les mécanismes de la concurrence, loin d'éliminer les clauses dangereuses, aboutissent souvent à en étendre et généraliser l'usage³¹⁷ ».

³¹³ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 154.

³¹⁴ Voir *supra*, section I, chapitre I, partie I.

³¹⁵ F. KESSLER, « Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract », (1943) 43 *Columbia Law Review* 629, 632.

³¹⁶ B. MOORE, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans F. MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 113, à la page 124.

³¹⁷ P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 53. Me Nordmann s'appuie sur le raisonnement suivant afin de tirer une telle conclusion : « Cette relative indifférence de l'adhérent à la teneur des conditions générales – et même à leur simple présence – ne peut manquer d'influencer leur rédaction dans un sens défavorable au public, car le non-respect, par le prédisposant, des intérêts de son cocontractant n'entraîne aucun risque de perte de clientèle, ce qui explique que l'on trouve des clauses unilatérales et inéquitables même dans des branches de l'économie soumises à forte concurrence et qu'une position dominante n'est pas une condition nécessaire pour imposer des clauses

Nous ajouterions que non seulement la concurrence entraîne la diffusion et la généralisation des clauses à contenu imposé potentiellement léonines, mais en banalise également l'usage et offre un sentiment rassurant à l'adhérente³¹⁸.

Cela signifie que peu importe où l'achat d'un électroménager se fera, il est certain qu'une clause de limitation de la garantie sera insérée au contrat. Bien entendu, il nous sera loisible de changer de détaillante afin de négocier le prix et d'évaluer la qualité de l'électroménager en question. Toutefois, la clause à contenu imposé qui limite la garantie de la détaillante sera présente chez chacune des stipulantes qui vend au détail, et ce, même si elle n'a pas de monopole³¹⁹. À l'évidence, ces affirmations sont d'autant plus vraies lorsqu'on est en présence d'un marché monopolistique, oligopolistique ou faisant l'objet d'un cartel. Néanmoins, la restriction « naturelle » de choix que créent les contrats par adhésion n'est pas l'apanage de ces marchés.

À vrai dire, certains types de contrats par adhésion donnent lieu à des relations de dépendance contractuelle. Ces contrats, qu'on appelle aussi des contrats de sujétion, « sont des conventions ayant à leur sommet un donneur d'ordre. Le rapport d'obligations se définit par essence comme structurellement inégalitaire³²⁰ ». Dans ce cas, de par la dépendance de l'adhérente, la liberté contractuelle s'en trouve entravée. Il en va de même pour les contrats de dépendance économique. Ces contrats doivent répondre aux trois conditions suivantes : « 1) l'existence d'une relation contractuelle entre le partenaire privilégié et l'adhérent; 2) la pertinence des liens obligationnels pour la survie de l'assujetti; et 3) le caractère permanent ou régulier de ces liens contractuels

inéquitables à l'adhérent. » Voir P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 53.

³¹⁸ B. MOORE, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans F. MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 113, à la page 124 : « Le contrat de masse, a écrit le Doyen Carbonnier, a quelque chose de sociologiquement rassurant : si tout le monde le fait, pourquoi pas moi. »

³¹⁹ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 171.

³²⁰ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 596.

en vigueur entre les parties³²¹ ». Les contrats d'approvisionnement comptent parmi les exemples de la situation exposée. Les contrats de dépendance économique sont des plus suspicieux, car la stipulante ne détient ni plus ni moins qu'un pouvoir de vie et de mort sur la société adhérente.

En guise de conclusion à cette composante de la liberté contractuelle, nous tenons à rappeler qu'en raison du contexte socioéconomique, le choix de sa cocontractante est pour le moins ténu – voire artificiel – en matière de contrat par adhésion.

Sous-section III : Le choix de déterminer le contenu ou la forme du contrat

D'emblée, soulignons l'anachronisme certain de cette dernière partie de la liberté contractuelle; le choix de déterminer le contenu de son contrat est, dans la majorité des cas depuis le pullulement du contrat par adhésion, chose du passé pour l'adhérente. Nous n'entendons pas réitérer le caractère antinomique de l'absence de détermination du contenu avec la notion même de contrat³²². Par contre, contrairement à ce que soutient un professeur³²³, nous croyons qu'avoir le choix de la forme du contrat, sans pouvoir en déterminer le contenu, est pour le moins insatisfaisant. De fait, non seulement est-ce insuffisant, mais la détermination unilatérale par la partie en position de force a pour effet de dénaturer le contrat : « Au lieu d'être, comme dans la théorie libérale, le moyen de concilier les intérêts divergents des parties et de libérer les individus des contraintes inutiles, le contrat devient le moyen par lequel une partie dicte ses conditions et fait prévaloir ses intérêts égoïstes³²⁴ ». Le rapport de force inégalitaire incite la stipulante à inclure des clauses léonines et égoïstes. Néanmoins, on pourra

³²¹ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 597.

³²² Nous référerons volontiers la lectrice aux propos tenus par le professeur Tancelin que nous avons rapportés en page 40 du présent mémoire.

³²³ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 154 : « Il n'y a pas non plus d'inconvénient sérieux à tenir pour contractuelle toute obligation née d'un accord de volontés, même si celui-ci n'en a pas déterminé le contenu. *La liberté*, dans le rôle plus modeste qui reste le sien, *suffit à caractériser le contrat lorsque celui-ci a été consenti*. Il n'est pas indispensable qu'en outre le contenu du contrat ait été déterminé, avec une égale liberté des parties, par l'accord des volontés. »

³²⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 16.

toujours consoler l'adhérente en lui précisant qu'elle bénéficie d'une (modeste!) liberté contractuelle, elle qui possède la faculté de choisir la forme de son contrat...

Après avoir analysé les trois principes sous-jacents à la liberté contractuelle, que pouvons-nous conclure? Qu'il existe, à tout le moins, une inadéquation entre les contrats qui se forment par adhésion et un principe cardinal du droit des contrats, soit la liberté. Au demeurant, la doctrine parle de liberté apparente³²⁵, de liberté unilatérale³²⁶ et de liberté *imposée*³²⁷.

En d'autres termes, si la société proclame la liberté et les législatrices la liberté contractuelle, certaines sont plus libres que d'autres :

« Society, when granting freedom of contract, does not guarantee that all members of the community will be able to make use of it to the same extent. [...] Standard contracts in particular could thus become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals. This spectacle is all the more fascinating since not more than a hundred years ago contract ideology had been successfully used to break down the last vestiges of a patriarchal and benevolent feudal order in the field of master and servant (*Priestley v. Fowler*). Thus the return back from contract to status which we experience today was greatly facilitated by the fact that the belief in freedom of

³²⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 17 : « Le respect de "l'autonomie de la volonté" empêche les tenants du libéralisme de s'apercevoir que « de ne mettre aucune restriction à la liberté contractuelle mène logiquement aux contrats d'esclavage ». Une partie de la doctrine réagit en soulignant comment dans le contrat d'adhésion la liberté n'est qu'apparente et les idées de Saleilles se répandent dans le monde. »

³²⁶ D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 135, à la page 136 : « D'abord, certaines des évolutions parmi les plus remarquables qui ont récemment traversé notre droit des contrats révèlent l'existence d'une rupture franche et nette avec les postulats de liberté et d'égalité contractuelles, sur lesquels la théorie générale du contrat a été édifiée. Ont été substituées à ces mythes, les idées de liberté unilatérale et d'inégalité contractuelle qui reflètent bien plus fidèlement la réalité des mœurs contractuelles. »

³²⁷ P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 17 : « En présence de deux parties contractantes à pouvoirs inégaux et à informations inégales, il y a fort à parier que la partie avantagée exercera davantage sa liberté que l'autre, plus vulnérable, voire l'utilisera à ses dépens. Autorisées à le faire en vertu de la nature du contrat d'adhésion, ce sont habituellement les entreprises qui rédigent les contrats et imposent la force du droit. Si le contrat peut être l'instrument de la liberté, il peut aussi servir à des effets d'exploitation. »

contract has remained one of the firmest axioms in the whole fabric of the social philosophy of our culture³²⁸ ».

Le professeur Mazeaud salue d'ailleurs le pragmatisme adopté depuis plus d'un quart de siècle par la législature française et la Cour de cassation, celles-ci ayant, en certaines occasions, substitué les mythes fondateurs de la théorie générale des contrats que sont la liberté et l'égalité contractuelles à la liberté unilatérale et l'inégalité contractuelle³²⁹. Afin de faire face à la réalité, nous croyons qu'il serait approprié d'effectuer une telle substitution en matière de contrat par adhésion, comme cela fut fait pour les contrats de consommation³³⁰. Cette approche nous semble inévitable, puisqu'en présence de contrat par adhésion, il est « impossible [...] de parler [...] de véritable liberté contractuelle³³¹ ». Il est également impossible de parler de réelle égalité, elle qui, comme nous l'avons exposé plus tôt, représente un impératif social.

³²⁸ F. KESSLER, « Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract », (1943) 43 *Columbia Law Review* 629, 640. D'ailleurs, Kessler n'est pas le premier auteur à évoquer un retour vers le statut et la féodalité. À cet effet, voir M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69, à la page 78 : « Le contrat libéral, soustrait à toute réglementation sociale au nom du respect des libertés individuelles, n'est que la consécration du statut. » Voir également A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19, à la page 34 : « Les systèmes féodaux, qui constituent la principale variété de gouvernements par les hommes, sont ainsi dominés par l'idée de lien personnel. Ils ont toujours ressurgi dans des périodes marquées par l'affaiblissement du pouvoir central, mais à chaque fois sous une forme différente. »

³²⁹ D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation : Nouvelles frontières? », dans *Études de droit de la consommation. Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 697, à la page 712.

³³⁰ D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation : Nouvelles frontières? », dans *Études de droit de la consommation. Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 697, à la page 700 : « Plutôt que de considérer que l'égalité et la liberté sont les terreaux du lien contractuel et le ferment de son équilibre, le droit de la consommation est fondé sur l'inégalité présumée qui préside aux relations contractuelles entre les professionnels et les consommateurs, sur l'impossibilité corrélative qui en découle pour le consommateur, en situation de faiblesse, de négocier le contrat, sur la liberté exclusive du professionnel dans la détermination du contenu du contrat et, par conséquent, sur les déséquilibres contractuels structurels, potentiels ou réels, qui innervent le contrat de consommation. »

³³¹ J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 64. À noter que dans la plus récente version de leur ouvrage, les professeurs Baudouin, Jobin et Vézina ont remplacé le mot « impossible » par « difficile » : J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 314.

Section II : La volonté dans le contrat par adhésion

La seconde pierre angulaire de la notion de contrat que nous analyserons en parallèle de la notion de contrat par adhésion est la volonté. Qu'en est-il de la volonté dans le contrat conclu par l'adhésion d'une des cocontractantes? S'il ne fait pas de doute dans notre esprit que les « stipulations essentielles » ou les clauses obligationnelles font, la plupart du temps, l'objet d'un consentement libre et éclairé – qui se trouve à être le reflet de la volonté – de la part de l'adhérente, il en va autrement pour les *clauses à contenu imposé*³³².

C'est dans le contenu de ces clauses qu'on retrouve l'expression du déséquilibre entre les contractantes décrit préalablement. Ces clauses représentent l'imposition de la volonté de la partie en position de force : « Dès lors, "tout rapport entre individus qui se trouvent dans des conditions sociales inégales est nécessairement injuste; car il y a une coaction qui fausse les conditions de l'échange. Le riche obtient du pauvre plus que le pauvre ne peut obtenir du riche, parce qu'ils ne luttent pas avec des armes égales; l'un reçoit plus qu'il ne donne"³³³ ». Nonobstant la richesse présentée dans cet exemple à titre de déséquilibre, nous avons vu que les causes de celui-ci sont foisonnantes³³⁴. À ce titre, le professeur Lafond renchérit en rappelant que « les études menées par des

³³² Parmi ces clauses, notons une liste non exhaustive de celles ayant été analysées par la jurisprudence et recensées par la professeure Lefebvre : B. LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439 : les clauses qui dénature le contrat (p. 465), d'exonération de responsabilité (p. 466), d'exonération de garantie (p. 466), de résiliation de contrat (p. 467), diverses clauses dans les contrats de travail (p. 467), de non-concurrence (p. 468), de paiement d'intérêts (p. 468), d'élection de for (p. 469), d'hypothèque mobilière dans un bail commercial (p. 469), de réserve de discrétion pour le créancier d'une obligation (p. 469), d'exclusivité (p. 469) et de parrainage (p. 469). Il sera aussi intéressant d'observer la tangente qui sera empruntée par les clauses de non-juridicité. Voir à cet effet J.-G. BELLEY, « Les "obligations ajuridiques" : des oubliées du Code civil? », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al., *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 143, à la page 150 : « À l'autre extrémité du spectre de l'autonomie de la volonté, l'indépendance contractuelle mène plutôt à concevoir le contrat des parties comme une sorte de sauf-conduit qui leur permet de soustraire leur entente au droit objectif du système juridique par une stipulation de non-juridicité et/ou de non-justiciabilité dont elles entendent qu'elle soit sanctionnée, mais seulement cette stipulation privative, par le système juridique. Les parties mobilisent alors la liberté de ne pas contracter, la faculté de s'affranchir du droit commun et le droit subjectif de sortir leur contrat de la maison du droit après y être entrées le temps de stipuler leur volonté d'indépendance. »

³³³ M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69, à la page 78.

³³⁴ Voir *supra*, point II, partie II.

associations de consommateurs confirment l'illettracie (illettrisme juridique) du public visé, sans oublier le taux élevé (près de 40 %) d'analphabétisme intégral ou fonctionnel de la population en général³³⁵ ». Ces statistiques tendent à confirmer que les *clauses à contenu imposé*, c'est-à-dire là où l'attention des adhérentes est souvent détournée, ne sauraient avoir été *voulues*.

Me Berlioz explique que les contrats de gré à gré font l'objet de volontés temporaires qui se succèdent et qui culminent par un mariage des volontés. Au contraire, dans le contrat par adhésion, il n'y a pas de telles volontés; on retrouve une stipulation permanente et inaltérable ainsi qu'une adhésion temporaire et limitée au contrat³³⁶. Selon lui, le critère à retenir serait la discussion : « Dans le contrat d'adhésion l'absence de discussion fait de l'adhésion un acte de confiance, et non de volonté. L'intervention de l'état (*sic*), les mécanismes d'équilibrage des forces tels que les syndicats ou les associations, introduisent des contre-poids à un niveau collectif, ils ne restaurent pas la volonté individuelle³³⁷ ». La discussion serait effectivement ce qui distingue le consentement de la soumission³³⁸.

Le professeur Lafond partage également cet avis affirmant qu'il « est difficile de concevoir en toute honnêteté intellectuelle que, en l'absence de toute information et de négociation sur ses modalités, le consommateur puisse donner librement son consentement à un contrat³³⁹ ». Ripert n'hésite d'ailleurs pas à parler d'un vice du consentement permanent dans de telles circonstances :

« On a voulu pourtant édifier une théorie du contrat d'adhésion sur l'analyse de la volonté. Adhésion ne vaut pas consentement. Consentir à un contrat c'est en

³³⁵ P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 27. Bien qu'il soit question du droit de la consommation – et, par extension, des consommatrices –, il est tout à fait à propos de tirer des conclusions similaires en ce qui a trait aux adhérentes. Comme nous l'avons observé, la majorité des contrats de consommation se forme par l'adhésion de la consommatrice.

³³⁶ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, par. 63.

³³⁷ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 174.

³³⁸ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 173.

³³⁹ P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 18. Voir également M. A. GRÉGOIRE, « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », dans P.-C. LAFOND et B. MOORE (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 19, à la page 30.

débattre les clauses avec l'autre partie après une lutte plus ou moins âpre dont la convention traduira les résultats. Adhérer, c'est se soumettre au contrat établi et plier sa volonté en protestant dans son cœur contre la dure loi imposée. Dans un tel contrat il y a en quelque sorte un vice permanent du consentement, révélé par la nature même du contrat. Qu'y a-t-il de contractuel dans cet acte juridique? C'est en réalité l'expression d'une autorité privée. Le seul acte de volonté de l'adhérent consiste à se placer dans une situation telle que la loi de l'autre partie s'appliquera. L'adhérent entre dans ce cercle étroit où la volonté de l'autre partie règne en souveraine. Mais, quand il fait cet acte de volonté, l'adhérent est courbé devant l'impérieuse nécessité de contracter. C'est une mauvaise plaisanterie de lui dire : tu as voulu. À moins de ne jamais voyager, de ne jamais s'assurer, de ne pas user d'eau, de gaz ou d'électricité, de ne pas monter dans une voiture publique, de ne pas travailler au service d'autrui, il lui est impossible de ne pas contracter. Volonté si l'on veut, mais volonté faible; c'est assez d'après le droit civil pour qu'elle soit viciée³⁴⁰ ».

Ainsi, si la professeure Frison-Roche précisait que le consentement est un acte de capitulation, de soumission et de faiblesse³⁴¹, il y a lieu de croire que l'adhésion en serait un d'aliénation, de sujétion et de servage. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui poussent M. Tabi Tabi à remettre en cause l'émission du consentement en bonne et due forme en pareilles occurrences³⁴². Cette grille d'analyse appliquée au contrat d'emploi amène de même Lyon-Caen à qualifier le consentement de la salariée au règlement intérieur de la société de « purement fictif³⁴³ ». Il ne s'arrête pas là : « Si on fait découler les effets juridiques de l'embauchage d'une interprétation ou présomption de volonté, on est dans le domaine du mythe³⁴⁴ ». Pour le professeur Ghestin, la « question est de savoir à quel degré de participation volontaire il est juste et utile de subordonner la

³⁴⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 99.

³⁴¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », (1995) *RTD civ.* 573, par. 2.

³⁴² G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 590 : « Dans ces conditions, comment est-il possible de réellement affirmer que la partie en position de vulnérabilité au contrat a pu donner, en toute liberté et égalité, son consentement alors déclencheur de l'exécution des prestations contractuelles? Il serait difficile de qualifier de contrats les actes d'adhésion auxquels des personnes souscrivant chaque jour, du moment où elles ont aucun choix véritable à faire, si ce n'est celui qui consiste à se résoudre à contracter sans aucune conviction réelle, les principes de la liberté et de l'égalité contractuelles étant essentiellement contestables. Pourtant, l'adhésion à de tels contrats est interprétée comme une émission en bonne et due forme du consentement requis comme condition de formation du contrat. »

³⁴³ G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 59, 61.

³⁴⁴ *Id.*

soumission d'une personne à des obligations qu'elle n'a pas directement assumées³⁴⁵ ». Dans la mesure où la volonté est l'élément central de la définition du contrat, la réponse semble couler de source...

Est-ce à dire que le volontarisme est désormais un trope³⁴⁶? Qu'il existe un déclin de la volonté individuelle³⁴⁷? Au contraire, la volonté individuelle n'a jamais été aussi prééminente. En effet, par l'entremise des contrats par adhésion, on est en venu à avaliser, à entériner et à sanctifier la volonté unilatérale³⁴⁸. Me Litty opine en ces termes : « restaurant un nouvel ordre féodal fondé sur le contrat, la volonté individuelle, loin de s'affaiblir, s'est transférée, dans cette catégorie de conventions, sur la partie la plus à même d'imposer à l'autre ses conditions³⁴⁹ ». En raison du déséquilibre entre les parties, celles en position de force se permettent de dicter leur volonté aux cocontractants vulnérables, ce qui leur permet, par le fait même, de légiférer subrepticement dans leur sphère d'action³⁵⁰. En d'autres mots, l'avènement du contrat par adhésion n'a pas eu pour effet d'abolir la volonté dans les actes de nature privée; à l'inverse, il a eu pour conséquence de l'exalter en ce que l'acte recèle les termes issus exclusivement de la volonté de la stipulante. Il s'agit néanmoins d'un changement de paradigme du fait qu'il n'y ait plus *accord*, *succession* ou *mariage* des volontés, mais plutôt *imposition* de l'une d'entre elles. C'est dans cette optique qu'on peut affirmer que si « dans le contrat par négociation il y a une part d'adhésion elle est minime. Si dans le

³⁴⁵ J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, 154.

³⁴⁶ A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 133 : « Dans un contexte socio-juridique où existe la concurrence pour la concurrence et où nous en venons à contracter pour contracter, par obligation et automatisme social, la négociation contractuelle devient l'exception et le volontarisme un trope, tel que nous le rappelle Marie-Claude Prémont. »

³⁴⁷ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 8.

³⁴⁸ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, p. 229 : « les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi ». Demogue parlait également de volonté « prépondérante » : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, Paris, A. Rousseau, 1923, p. 336. Enfin, voir G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 522 : « Que l'acte par adhésion n'existerait pas avant l'adhésion. Soit. Mais après l'adhésion, il existe bien certainement; et l'on peut fort bien soutenir que l'adhésion a été une condition nécessaire à sa validité, mais ne lui a pas enlevé son caractère unilatéral. »

³⁴⁹ O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 4.

³⁵⁰ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 95.

contrat d'adhésion il y a une part de volonté qui intervient dans la détermination du contenu contractuel, elle est infime³⁵¹ ».

Un article³⁵² publié dans le *Harvard Journal of Law & Technology* nous apprenait qu'on assiste – oisivement pour plusieurs d'entre nous – à une nouvelle tendance en matière de commerce en ligne. De fait, des sociétés ont créé de nouveaux algorithmes capables de conclure une transaction en notre nom, et ce, sans que nous ayons à intervenir à une quelconque étape du processus³⁵³. C'est ainsi qu'en prédisant et en analysant nos préférences, ces algorithmes savent choisir les produits et les services qui nous siéent, négocier les prix et la qualité, et compléter la transaction sans que nous ayons à lever un seul doigt³⁵⁴. Ils arrivent même à anticiper nos besoins afin de nous laisser plus de temps pour vaquer à nos occupations qui importent réellement, comme le travail, la famille et les amies³⁵⁵. À titre d'exemple, on précise que si vous avez l'habitude de commander de la nourriture pour votre animal de compagnie une fois par mois, les nouveaux algorithmes pourraient effectuer une recherche par eux-mêmes afin de connaître les meilleurs prix, passer une telle commande et que vous la receviez juste à temps pour la fin du mois, le tout, sans même que vous le sachiez³⁵⁶.

Ces algorithmes, selon les professeures Gal et Elkin-Koren, seront d'une précieuse aide aux consommatrices étant donné qu'ils sauront repérer les clauses problématiques du « contrat » que les adhérentes auraient peine à trouver en raison de la langue, des informations ou du temps qui font défaut³⁵⁷. Au surplus, toujours selon les autrices, les algorithmes seraient plus aptes à effectuer des choix éclairés pour les consommatrices,

³⁵¹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 174.

³⁵² M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309.

³⁵³ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 310.

³⁵⁴ *Id.*

³⁵⁵ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 315.

³⁵⁶ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 310.

³⁵⁷ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 319.

car les logiciels sont rationnels et objectifs³⁵⁸, ils ne sont jamais stressés ou épuisés³⁵⁹, ce qui fait en sorte qu'ils n'ont pas de biais³⁶⁰.

En revanche, cette nouvelle façon de consommer amène son lot d'inquiétudes : les choix et l'autonomie de la consommatrice seront moindres, et les pirates informatiques pourraient avoir accès à des données strictement confidentielles sur les habitudes de vie de leurs proies en cas de problèmes de sécurité³⁶¹. Ajoutons que ces algorithmes accéléreront les inégalités sociopolitiques, puisque celles qui possèdent ces robots et ces technologies deviendront de riches possédantes³⁶². Non seulement seront-elles riches, mais il est à se demander qui l'emporterait entre une fournisseuse qui offre à ces possédantes une rétribution en échange d'un ajustement dans l'algorithme afin que leurs produits soient systématiquement mis à l'avant-plan et l'intérêt supérieur de la consommatrice. En d'autres termes, nous craignons que les créatrices d'algorithmes acceptent d'être payées par des sociétés afin que ces dernières soient favorisées, et ce, même si leurs produits ou leurs services ne sont pas les plus avantageux pour la consommatrice. Bref, d'importantes questions éthiques risquent de jaillir. À terme, ces algorithmes pourraient avoir de lourdes conséquences sur la demande et les conditions du marché³⁶³.

Au-delà de ces questions sur les impacts économiques – que nous laisserons volontiers à celles plus aptes à y répondre –, il va sans dire que les juristes y trouveront un défi de taille. En effet, comment qualifierons-nous cette transaction? Est-ce un contrat³⁶⁴? Est-ce que l'extériorisation de la volonté réside dans l'utilisation initiale de l'algorithme? Puisque les consommatrices ont accepté l'utilisation de l'algorithme, elles ont *voulu*

³⁵⁸ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 311.

³⁵⁹ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 321.

³⁶⁰ *Id.*

³⁶¹ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 322.

³⁶² M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 325.

³⁶³ M. S. GAL et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309, 311.

³⁶⁴ Un mandat suivi d'un contrat de vente, par exemple?

l'opération qui en découlerait, même si elles n'avaient pas la moindre idée qu'un « contrat » avec une fournisseuse de nourriture animale avait été conclu. Est-ce un degré de participation volontaire suffisant afin de dépasser l'entendement? En définitive, il y a lieu de se demander si tant cette consommatrice que « [c]et adhérent passif qui clique sur la case apparaissant à l'écran ou qui se contente, par manque de temps ou en raison d'une certaine pression sociale, de signer en automate le document qui lui est présenté, [sont] toujours et vraiment une personne pour le droit des contrats³⁶⁵ ».

³⁶⁵ A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 140.

Chapitre II : L'hybridité de l'acte

Il est un âge où l'on craint davantage les réformes que l'abus.

Jacques Ferron
citation tirée de Julia Posca, *Le manifeste des parvenus*

Contrat, acte réglementaire, acte *sui generis* : le débat sur la nature du contrat par adhésion a fait couler beaucoup d'encre. Affirmer qu'il reste peu, en droit positif, de la doctrine anticontractuelle relèverait de l'euphémisme. Plusieurs législations romano-germaniques ont adopté, dans leur code civil, des définitions et un régime propre au contrat par adhésion ou aux conditions générales³⁶⁶. Plusieurs raisons ont justifié la mise au rancart de la théorie anticontractuelle du contrat par adhésion. Parmi celles-ci, on retrouve l'impossibilité théorique pour quelque quidam, qu'elle soit une personne morale ou physique, d'imposer une réglementation de nature privée à sa cocontractante; seul l'État dispose d'un tel pouvoir sur ses citoyennes sans qu'elles aient besoin d'y consentir explicitement³⁶⁷. Inversement, il serait tout aussi spécieux d'épouser une position totalement contractuelle; ce serait nier la réalité selon laquelle la partie vulnérable se fait imposer une part importante du contenu de ce que l'on appelle « contrat » par adhésion. C'est ainsi que tant les doctrines anticontractuelle que contractuelle « ne répond[ent] pas à la complexité des faits³⁶⁸ ». C'est pour cela que si « nous voulons connaître les choses telles qu'elles sont, résignons-nous à ne voir simples que les choses simples et à trouver complexes les choses complexes³⁶⁹ ».

³⁶⁶ Voir, à titre d'exemple – et en plus des juridictions déjà mentionnées –, §305 du BGB allemand qui prévoit que les « conditions générales contractuelles sont toutes les conditions contractuelles formulées par avance pour une multitude de contrats, que l'une des parties (stipulant) impose à l'autre lors de la conclusion du contrat ». Voir également article 1175 du code civil roumain qui édicte que le « contrat est d'adhésion lorsque ses clauses essentielles sont imposées ou rédigées par l'une des parties, pour celle-ci ou sur la base de ses instructions, l'autre partie n'ayant que la possibilité de les accepter telles quelles ». Nous tenons à remercier les professeurs Reiner Schulze de l'Université de Münster ainsi que Flavius Baias, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Bucarest, de leurs généreux enseignements.

³⁶⁷ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 510.

³⁶⁸ H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13, 30. Voir également G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 540 : « On cherche, il est vrai, à nous enfermer dans une sorte de dilemme : ou les clauses accessoires ont été entièrement acceptées par l'adhérent, et alors elles sont pleinement valables, — ou elles ne l'ont pas été, et alors, du point de vue contractuel, elles sont nulles. »

³⁶⁹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 98.

Nous proposons donc, et il s'agit bien ici d'une proposition, de mettre un terme à cet obstacle épistémologique³⁷⁰ en faisant du « contrat » par adhésion un acte hybride. En d'autres mots, de reconnaître que la transaction effectuée par adhésion comporte un contrat là où la volonté réelle s'est manifestée, et un acte de nature privée là où l'on retrouve les *clauses à contenu imposé* – ou les conditions générales. D'un côté, « [d]ans la mesure où le stipulant offre un bien ou un service qui correspond aux désirs de l'adhérent il y a concours de volontés pour conclure le contrat. Mais l'accord de volontés se limite à cette convergence³⁷¹ »; de l'autre, on retrouve les « conditions générales [qui] règlent des points secondaires de la convention³⁷² » et qui sont soustraites à la loi de l'offre et de la demande, car « le client ne prête attention qu'aux points essentiels et se laisse guider par toute une série de motifs non économiques³⁷³ ». C'est par le mariage de ces deux composantes que l'on obtient l'hybridation de l'acte formé par adhésion.

D'ailleurs, cet avis est partagé et connu depuis plusieurs années : déjà en 1912, Gounot disait que dans « tout contrat d'adhésion, il y a : 1° un *contrat* proprement dit, parfaitement identique aux contrats ordinaires; 2° une réglementation par volonté unilatérale de la situation juridique née de ce contrat³⁷⁴ ». Peut-être tirait-il son inspiration de Dereux :

« Nous sommes ainsi conduit à considérer dans les contrats par adhésion deux sortes de clauses : les clauses essentielles, qui sont généralement verbales ou manuscrites, et les clauses accessoires, qui sont généralement imprimées. La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles. Quant aux autres, l'adhérent connaît ou comprend mal leur teneur, et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la lettre; il les considère comme destinées simplement à préciser ou à compléter les obligations résultant des clauses à lui présentées (*sic*) comme principes, et non comme devant, d'une

³⁷⁰ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 516 : « En d'autres termes, la théorie classique vous accule ou bien à reconnaître comme existant un contrat purement fictif, ou bien à méconnaître les besoins de la pratique. »

³⁷¹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 172. L'auteur complète son idée avec la phrase suivante : « L'adhérent est intéressé par la satisfaction d'un besoin, le stipulant par l'économie de l'opération. »

³⁷² P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 52.

³⁷³ *Id.*

³⁷⁴ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 229.

manière détournée, dénaturer ou modifier gravement l'essence du contrat. Par suite, à notre avis, les clauses accessoires ne doivent produire d'effet juridique contre l'adhérent que si elles ont pour résultat de *préciser ou de compléter les clauses essentielles*, mais non si elles viennent métamorphoser subrepticement l'essence du contrat³⁷⁵ ».

C'est également ce que suggère – ou du moins, rapporte – le professeur Moore dans un article qui a fait suite à l'entrée en vigueur du Code civil du Québec en 1994. Il faudrait ainsi focaliser notre attention sur les clauses, et non pas sur le contrat dans son ensemble : « Il est même proposé qu'il existe, en plus des contrats de gré à gré et d'adhésion, des contrats hybrides dont certaines clauses sont imposées et d'autres négociées. Il faudrait alors examiner le phénomène de l'adhésion non pas en rapport avec le contrat entier, mais bien avec les clauses qu'il contient³⁷⁶ ». C'est exactement de cette hybridité dont parle le professeur Blaise lorsqu'il est question de convention collective, elle-même acceptée comme recelant une « mixité » :

« Si l'on définit le contrat comme un accord de volontés déterminant librement entre les parties contractantes l'existence d'un rapport de droit qu'il établit, il faut admettre que la convention collective répond parfaitement à cette définition. Évidemment on ne saurait méconnaître qu'une analyse devenue classique insiste sur la double nature, contractuelle et réglementaire, de la convention collective tendant à lui reconnaître un droit mixte³⁷⁷ ».

Force est de constater que malgré le fait qu'on émette une telle proposition, la stipulante bénéficiera toujours d'une large liberté contractuelle. Comme le soulevait le professeur Fages, « [n]ombreuses sont les disciplines qui, du droit de la consommation au droit de la concurrence, du droit commun aux droits fondamentaux, agissent de concert en vue de bannir certaines clauses, ou limiter certains abus [...] : les contractants conservent

³⁷⁵ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 527.

³⁷⁶ B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 205. La professeure Fenouillet soulève aussi la question des contrats hybrides qui demeurent dans l'incertitude suivant la réforme française de 2016 dans D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », (2016) 2 *RDC* 358, par. 30.

³⁷⁷ H. BLAISE, « Les conventions de travail », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 49, à la page 57.

encore une grande latitude³⁷⁸ ». Cette proposition a, à tout le moins, la vertu de rendre la liberté *bi* ou multilatérale – plutôt qu’unilatérale –, et d’intégrer davantage d’équilibre dans le droit privé en adoptant un contrôle plus équitable sur la seconde partie de l’acte.

Nous croyons humblement qu’en embrassant cette complexe réalité et, du coup, en cessant de dérober des concepts appartenant à d’autres institutions afin de définir et de contrôler de « nouvelles » occurrences, le droit des contrats pourrait (enfin!) s’extirper de sa « crise » qui semble perpétuelle³⁷⁹. Bref, parler de contrat en présence d’un contrat et d’un autre type d’acte en présence d’un autre acte : « Certains admettent que le contrat donne naissance à des règles générales : mais est-il exact, dans ce cas, de parler toujours de contrat, et ne convient-il pas de limiter le champ contractuel à la production des règles individuelles³⁸⁰ »?

Pour clore cette introduction, il y a lieu d’anticiper les critiques de celles qui seraient portées à nous répondre par l’aphorisme voulant que « tout n’est pas contractuel dans le contrat ». Notre réponse est simple; Durkheim ne faisait pas référence au contrat par adhésion, mais mettait plutôt en exergue la réglementation sociale du contrat :

« Incapable de fonder un ordre social stable et juste, “le contrat ne se suffit pas à soi-même”. Cette insuffisance du contrat fonde la thèse durkheimienne dite de l’incomplétude du contrat dont le célèbre aphorisme « tout n’est pas contractuel dans le contrat » donne la formule condensée. Cette maxime aux consonances anti-libérales impose la distinction, au sein même du contrat, entre le *proprement contractuel* et le *non contractuel*. Le proprement contractuel est ce qui, dans le contrat, relève des seules volontés individuelles. Le non contractuel est ce qui, dans le contrat, s’impose à elles : c’est la “réglementation du contrat qui est d’origine sociale” et que Durkheim ramène pour l’essentiel aux règles du droit contractuel. Le contrat se définit donc par deux conditions nécessaires : le libre consentement des volontés contractantes et la réglementation sociale du contrat.

³⁷⁸ B. FAGES, « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la “chose” des parties? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 153, à la page 156.

³⁷⁹ G. ROUHETTE, *Contribution à l’étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 9.

³⁸⁰ G. ROUHETTE, *Contribution à l’étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, p. 46. L’auteur fait ensuite le parallèle avec la convention collective. L’analogie est tout aussi intéressante avec le contrat par adhésion. Or, bien que nous partagions l’avis de l’auteur, l’utilisation des termes suivants nous semble plus congruente en rapport avec le contrat par adhésion : « production des règles *individualisées* », plutôt que « individuelles ».

Mais surtout, la seconde condition n'est pas un simple « complément utile » de la première : le non contractuel est, selon Durkheim (*sic*), "la norme fondamentale" du proprement contractuel³⁸¹ ».

Il y a maintenant lieu d'aborder les deux composantes de cet acte hybride, c'est-à-dire le contrat à proprement parler – la volonté réelle – ainsi que les *clauses à contenu imposé*.

Section I : La volonté réelle des contractantes

Adopter une position purement anticontractuelle eu égard au contrat par adhésion nous semble excessif dans la mesure où on ne peut nier que pour chaque contrat par adhésion conclu, il existe une manifestation (limitée) de volonté³⁸². En guise d'exemples, il va sans dire que l'acheteuse-adhérente *consent* et *veut* se procurer la machine à lessiver en contrepartie du paiement exigé; la franchisee-adhérente *consent* et *veut* bénéficier de la bannière de restauration rapide en échange du paiement des redevances; la cliente-adhérente *consent* et *veut* obtenir la construction de l'ouvrage en retour du coût demandé... En règle générale, lorsqu'on va au-delà de ces clauses du contrat, les autres ne sont pas consenties ni voulues – ou du moins, pas avec la même compréhension ni degré de volonté. C'est en ces termes qu'opine le professeur Collart Dutilleul : « Il s'agit plutôt de préciser que le consentement n'agit pas uniformément sur l'ensemble du contrat. En effet [...] il en résulte que tout ce qui est dans le contrat n'est pas nécessairement consenti³⁸³ ».

³⁸¹ M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69, à la page 78.

³⁸² B. MOORE, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans F. MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 113, à la page 124 : « Cette réalité à laquelle s'ajoute le fait que bien souvent le représentant du commerçant n'a pas le pouvoir de modifier le contenu normatif du contrat, qu'il ne le connaît pas plus que le consommateur et que comme lui il n'est pas en mesure de le comprendre, fait en sorte que le contenu n'est aucunement négocié. Ce qui, disons-le, en va souvent autrement pour les stipulations essentielles, portant sur les prestations réciproques des parties qui, elles, souvent, font l'objet d'une certaine négociation ou, à tout le moins, sont clairement connues par le consommateur. »

³⁸³ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 233.

Afin d'identifier l'alpha et l'oméga de l'acte « proprement contractuel », on doit évidemment procéder à une analyse casuistique. Nous devons déterminer, pour chaque contrat, où se trouve la volonté réelle de l'adhérente. Néanmoins, la distinction entre les clauses essentielles et celles secondaires ou accessoires nous offre un point de départ intéressant. Il en va de même des clauses non obligationnelles :

« Le contrat, au sens strict, se partage ainsi entre un contenu exprimant les obligations des contractants, telles l'obligation de délivrance ou de paiement du prix, et un contenu obligatoire quoique non obligationnel, telles la clause pénale, la clause de dédit, la clause limitative ou élisive de responsabilité, la clause de transmission d'un contrat accessoire au contrat principal, la clause de préavis, etc. Ces dernières clauses ne créent pas entre les parties de rapports de créancier à débiteur. Pour l'essentiel, elles prévoient, organisent, limitent, encadrent des pouvoirs unilatéraux et/ou des devoirs au profit ou à la charge de l'un ou de l'autre contractant : pouvoir d'exiger l'exécution ou des dommages-intérêts, pouvoir de résilier, pouvoir d'échapper à une obligation, devoir de justifier une décision unilatérale, devoir de respecter un délai, etc. Il suffit d'ailleurs de lire la liste des clauses abusives dans le code de la consommation (art. L. 132-1) pour avoir une idée de la nature de ces clauses³⁸⁴ ».

Ce point de départ s'explique par le fait que dans tout contrat, incluant ceux conclus par adhésion, « je cherche à déterminer avec précision les conditions essentielles de la convention, celles tout au moins sur lesquelles mon attention a cru bon de se porter. [...] Telle est la psychologie réelle des contractants³⁸⁵ ». C'est donc véritablement sur les

³⁸⁴ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 231. Voir également sur les clauses non obligationnelles que nous qualifions de clauses à contenu imposé M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1058 : « En effet, face à une clause contractuelle attribuant un pouvoir unilatéral à l'une des parties au contrat, il n'est pas réellement question d'une obligation contractuelle. Par ce procédé, les parties attribuent à l'une d'elles certaines prérogatives. »

³⁸⁵ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 181. D'ailleurs, Gounot n'est pas le seul auteur à être de cet avis. Voir P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 18 : « Tout au plus, consent-il à sa prestation principale (achat, location, dépôt), sans égard aux conditions parfois même essentielles qui l'encadrent. » Voir également M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », (1995) *RTD civ.* 573, par. 8 : « L'échange des consentements, formule plus lourde, méfiance concrétisée entre partenaires, évoque davantage l'autre échange, éminemment intéressé : l'échange économique dont le contrat est la forme juridique. C'est pour avoir le bien que je capture le consentement de l'autre; c'est parce qu'il faut bien que je paie pour l'avoir que je me contraîns. »

obligations et les clauses essentielles que se porte l'attention des contractantes. Batiffol nous présente cette illustration : « Celui qui prend un billet de chemin de fer sait seulement que le transporteur s'engage à le mener à telle destination pour un certain prix³⁸⁶ ». Quoi qu'il en soit, la « plupart des obligations, dans les contrats nommés, sont légales ou à tout le moins imposées dans leur nature même, qu'il s'agisse des obligations essentielles (pas de contrat de vente sans obligation de délivrance ou de paiement du prix) ou accessoires (obligation d'information, obligation de sécurité...). Ces dernières le sont même dans bien des contrats innommés³⁸⁷ ». À n'en point douter, en ne reconnaissant pas la présence contractuelle, si fragmentaire soit-elle, la doctrine anticontractuelle est lacunaire et inadéquate, en ce qu'elle conteste par le fait même la réalité.

C'est pourquoi les juristes doivent s'efforcer de chercher la volonté là où elle se trouve, tout en évitant de l'inventer là où elle n'est pas. Évidemment, cet exercice s'avère laborieux, car nous ne disposons pas de dynamomètre qui calcule la force de la volonté exprimée³⁸⁸, mais il demeure ô combien plus conforme à la réalité. C'est, au demeurant, ce qui était proposé par Dereux dès 1910 : « La vraie solution du problème des actes par adhésion est donc, selon nous, de les considérer comme des contrats, mais en obligeant le juge à subordonner scrupuleusement l'effet de chacune de leurs clauses à la volonté *réelle* des deux parties³⁸⁹ ». Étant donné que l'adhérente ne pense et ne prévoit pas tout dans le contrat, par manque d'intérêt, de temps ou de compréhension, et que ce qui n'est pas prévu consensuellement lui est imposé par la stipulante, les juristes doivent respecter la volonté des parties là où elle s'arrête³⁹⁰. Comme le

³⁸⁶ H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13, 15.

³⁸⁷ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 232.

³⁸⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 100.

³⁸⁹ G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 535.

³⁹⁰ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 206. Voir également V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 135 : « Les implications de la doctrine de l'autonomie de la volonté relatives à l'interprétation des actes juridiques ne sont donc pas fausses, elles sont excessives : le respect de la volonté doit cesser où s'arrête la volonté réelle elle-même. »

soulignait Gounot, « autant sont respectables les volontés réelles, autant les volontés fictives le sont peu. Pour être respectable, il faut être. On ne respecte pas le néant³⁹¹ ».

Dans le cadre de cette partie contractuelle où la volonté se manifeste réellement, nous proposons d'y apposer le sceau contractuel, ce qui signifie que le droit commun des contrats lui sera applicable. Par exemple, le tronc commun relatif à la formation, à l'interprétation, aux effets, aux modalités, à l'exécution, à la transmission et à la mutation ainsi qu'à l'extinction de l'obligation ou du contrat s'appliquerait à la partie contractuelle de l'acte (c'est-à-dire au contrat par adhésion). Les sections des codes civils ayant trait aux contrats nommés, le cas échéant, seraient aussi mises en œuvre.

Dans le but de faciliter le travail des juristes, la législatrice pourrait prévoir des présomptions pour ce qui est des clauses obligationnelles, c'est-à-dire celles qui font naître une relation de débitrice et de créancière, selon lesquelles elles seraient présumées avoir été voulues par les contractantes. De cette façon, les chapitres des codes civils préalablement mentionnés s'appliqueraient d'emblée à cette portion de l'acte, alors que la seconde partie serait du ressort des *clauses à contenu imposé*.

Section II : Les clauses à contenu imposé

Au sein de l'acte que nous connaissons comme étant le contrat par adhésion, nous proposons de qualifier les clauses que nous excluons du cadre contractuel de *clauses à contenu imposé*³⁹². Certes, il aurait été pratique de référer aux conditions générales ou aux clauses types. Par contre, étant donné que ces expressions ne sont pas intégrées au droit québécois, nous estimons qu'il y a lieu de faire usage d'une expression plénière et claire. Contrairement à l'expression que nous proposons d'utiliser, les conditions générales et les clauses types ont pour effet de semer la confusion, et ce, tant linguistiquement que juridiquement. Au plan linguistique, nous saluons l'utilisation du

³⁹¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 208.

³⁹² Nous tenons à remercier sincèrement Me Arnaud Tellier-Marcil pour cette formulation. À travers nos discussions ayant trait à la jurilinguistique, cette expression nous a paru la plus congrue.

mot « générales » dans l'expression qui souligne leur caractère. Pour ce qui est du mot « conditions », il nous semble calqué de la langue anglaise en pareilles circonstances, découlant de l'expression *Terms and Conditions*. Pourtant, ce mot a une existence juridique propre en ce que l'obligation peut être assortie d'une condition³⁹³. En ce qui a trait aux clauses types, elles changeraient de nature – tant linguistique que juridique – chaque fois où la stipulante modifierait un ou deux mots à sa clause. L'idée et l'esprit à la base de nos propositions en seraient perverti·e·s. Finalement, le changement de définition opéré par la législature française en octobre 2018 n'est pas inintéressant³⁹⁴. Toutefois, l'utilisation du mot « négociables » plutôt que « négociées » en restreint la portée, et le point focal demeure sur l'ensemble du contrat et non pas sur les clauses prises individuellement.

Évidemment, avant de proposer quelque contrôle que ce soit, il y a lieu d'identifier les clauses dont nous traitons dans cette section. Si le test des clauses obligationnelles présenté préalablement nous fournit un indice fécond, tâchons d'y ajouter certains repères. En premier lieu, il s'avère à propos de définir le matériau de cette section. Pour ce faire, nous ne pouvons qu'opiner à la définition exhaustive et élaborée par le professeur Mekki :

« Pour identifier une clause, deux aspects peuvent être combinés : un aspect formel et un aspect intellectuel. Sur le plan formel, la clause est une stipulation contractuelle qui peut prendre la forme de mots, de phrases ou d'un ensemble de phrases sans aucune limite. Une définition, un titre, un préambule peuvent constituer une clause. Il n'est pas opportun de s'arrêter à cet élément d'identification, car, à ce titre, toutes les stipulations d'un contrat constituent une clause contractuelle. Le second aspect est alors le plus déterminant. Il faut, sur le plan intellectuel, qu'il ressorte de la clause une "individualité intellectuelle créatrice d'effets de droit". En d'autres termes, la clause contractuelle apporte un plus par rapport à la prestation caractéristique ou à l'obligation essentielle du contrat auquel elle se rattache. La clause est « autonome » par rapport au

³⁹³ Voir article 1497 du Code civil du Québec : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en suspendant sa naissance jusqu'à ce que l'événement arrive ou qu'il devienne certain qu'il n'arrivera pas, soit en subordonnant son extinction au fait que l'événement arrive ou n'arrive pas ».

³⁹⁴ Voir *supra*, section I, partie II.

contrat, quoiqu'elle y demeure étroitement liée. D'ailleurs, "clause" vient de claudere qui signifie « clore ». La clause renferme donc une situation qui lui est propre³⁹⁵ ».

Cette définition nous renvoie à l'autonomie de la clause insérée dans le contrat par rapport à l'acte contractuel pris globalement. Nul besoin de rappeler que nous soutenons une telle indépendance afin que la loupe se fixe non plus sur le contrat, mais plutôt sur les clauses prises distinctement.

En deuxième lieu, si cette définition nous semble claire, il est opportun de l'exemplifier en reprenant les scénarios de la section précédente. C'est ainsi que l'acheteuse-adhérente qui accepte de payer le prix pour la machine à lessiver tombe des nues lorsqu'on lui répond qu'elle a « accepté » de moduler et de limiter la garantie lorsque son bien fera défaut quelques mois après son achat; la franchisee-adhérente sera surprise d'apprendre qu'au premier conflit avec sa franchiseuse, elle devra soumettre son litige à un arbitre située à plus de 4 000 km de son domicile et qu'elle devra assumer la moitié des frais arbitraux, car il en va de sa volonté; finalement, la cliente-adhérente sera estomaquée de devoir prendre en charge les frais découlant des actions de l'entrepreneuse en raison de la clause exonératoire de responsabilité qu'elle a acceptée. Ces trois cas présentent des exemples où les clauses ne font pas naître une relation de créancière à débitrice; elles sont en ce sens des clauses non obligationnelles. Le professeur Ancel y allait de ces remarques concernant la clause compromissoire :

« [c]elui qui a accepté conventionnellement la compétence de tel tribunal n'est pas davantage "débiteur" de l'obligation de soumettre le litige à ce tribunal que ne l'est le plaideur qui, en l'absence de clause, « doit » porter son affaire devant le tribunal désigné par les textes du nouveau code de procédure civile : ils sont simplement, l'un et l'autre, soumis à une norme de compétence³⁹⁶ ».

³⁹⁵ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1052.

³⁹⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) 4 *RTD civ.* 771, 790.

Il en va de même de la clause de non-concurrence et de la clause de confidentialité en ce qu'elles prescrivent une norme plutôt qu'une obligation³⁹⁷. Dans l'état actuel du droit positif – et sous réserve des droits spéciaux et de la clause abusive –, on n'aurait d'autre choix que de donner suite à la *volonté* exprimée par les parties. En revanche, en vertu de la présente proposition, les obligations déclinées dans la section précédente seraient analysées en fonction de la volonté des parties alors qu'on cesserait cette mascarade en ce qui a trait aux *clauses à contenu imposé* (comme la clause de limitation de garantie, la clause compromissaire et la clause exonératoire de responsabilité); de là l'hybridité de l'acte. Ces *clauses à contenu imposé* pourraient faire l'objet d'une section dans les codes civils. Les dispositions de cette section pourraient contrôler en amont les clauses ou tout simplement en imposer les termes. C'est d'ailleurs notamment ce que prescrivent des codes en matière de mariage et de copropriété : des règles impératives qui dictent les relations entre parties privées.

En troisième lieu, les professeurs Mekki et Moore proposent une classification des clauses afin d'éclairer la juriste. Selon le premier, les clauses peuvent être réparties dans l'une des trois catégories suivantes : celles d'appréciation des risques³⁹⁸, de prévention des risques³⁹⁹ et d'imputation des risques⁴⁰⁰. Comme le souligne l'auteur, ces clauses ne créent « pas réellement d'obligations contractuelles. Elles confèrent ou organisent un pouvoir contractuel. D'autres imposent entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers, des règles de comportement. Elles posent des directives de comportement adressées aux parties et des directives d'interprétation adressées au juge⁴⁰¹ ». De son côté, le second identifie quatre familles de clauses :

³⁹⁷ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1059.

³⁹⁸ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1054.

³⁹⁹ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1055.

⁴⁰⁰ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1056.

⁴⁰¹ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1057.

« 1) Les clauses affectant à la hausse et à la baisse les droits et obligations des parties (clause d'exonération ou de limitation de responsabilité; clause de valeur résiduelle dans un contrat de location); 2) les clauses prévoyant les conséquences du défaut d'un contractant (clause pénale – doit-on les interdire ou permettre leur annulation et pas seulement comme le prévoit l'article 1623 C.c.Q. leur réduction –; clause de compensation issue d'une faculté de résiliation unilatérale; clause de non responsabilité; la déchéance du bénéfice du terme); 3) les clauses garantissant un contrôle unilatéral ou plus avantageux au commerçant quant à l'exécution du contrat (résiliation unilatérale; pouvoir de modification unilatérale; pouvoir de juger de la survenance d'un défaut ou d'un fait) et enfin 4) toute clause qui limite l'exercice des droits du consommateur (élection de domicile; élection de for; clause d'arbitrage)⁴⁰² ».

Ces catégorisations⁴⁰³ doctrinales sont de nature à faciliter le travail des juristes, et à jeter les bases d'une théorie des *clauses à contenu imposé*.

Quoique ces clauses revêtent fréquemment un caractère accessoire, leur étude n'est pas sans intérêt. De fait, comme nous l'avons montré⁴⁰⁴, même si ces clauses sont accessoires, elles recèlent un fort potentiel d'abus. En raison du fait qu'elles dictent des pans déterminants de la relation entre les parties, comme l'encadrement des prestations (temps, lieu, répartition de frais, etc.) et les modalités en cas d'inexécution de celles-ci, elles sont susceptibles de modifier subrepticement et profondément le rapport de force⁴⁰⁵. Dit autrement, la « marge de liberté laissée aux contractants est globalement plus grande dans les clauses non obligationnelles; [...] [c'est pourquoi] les obligations requièrent la vigilance au regard du risque d'abus de droit, tandis que c'est l'abus de pouvoir, notion qui reste largement à construire, qu'il faut davantage craindre dans les clauses non obligationnelles⁴⁰⁶ ». Il est donc convenable d'affirmer qu'il faut laisser le

⁴⁰² B. MOORE, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans F. MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 113, à la page 128.

⁴⁰³ Dans G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat : Essai de typologie*, Paris, L.G.D.J., 2012, l'auteur propose trois types de clauses. Elle qualifie le premier groupe de clauses de prestation, le deuxième de pouvoir et le troisième de différend.

⁴⁰⁴ Voir *supra*, section II, chapitre I, partie II.

⁴⁰⁵ P. NORDMANN, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974, p. 28.

⁴⁰⁶ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225, à la page 241. Dans cette veine, voir également à la page 232 : « Autour d'un noyau d'obligations largement composé

soin aux contractantes de s'assurer que la justice commutative a été observée dans le cadre du contrat négocié, mais que l'intervention publique est nécessaire pour assurer un certain équilibre des prestations dans un « contrat » par adhésion⁴⁰⁷.

À cet effet, une myriade de solutions préventives et curatives a été avancée par les autrices afin de contrôler ces clauses « dangereuses ». Essentiellement, on propose une interprétation objective – ou d'équité et de justice sociale⁴⁰⁸ –, c'est-à-dire une « lecture contractuelle [qui] intégrerait dans sa logique non pas tant cette commune intention des parties caractérisée par la signature d'un contrat d'adhésion, mais bien plus ce à quoi les parties auraient dû souscrire en fonction de leurs attentes légitimes réelles⁴⁰⁹ ». Concrètement, le professeur Moore propose trois voies d'intervention⁴¹⁰. La première est qualifiée de purement judiciaire, c'est-à-dire que la législature établisse une définition large de la clause abusive, ce qui permettra aux juges de contrôler ces clauses. Le principal avantage de cette avenue est la souplesse d'adaptation aux situations alors que les inconvénients se résument à ce que l'on appelle le « parlement des juges ». Cela signifie qu'en octroyant un tel pouvoir aux tribunaux, on accepte socialement une vaste discrétion judiciaire, entraînant ainsi, selon l'auteur, une importante et dangereuse brèche pour la sécurité contractuelle et la prévisibilité de la loi. Également, les contractantes sont laissées dans l'incertitude, car elles sont obligées de saisir les tribunaux pour connaître la validité desdites clauses. La deuxième option présentée est celle purement législative : la législature dresse une liste de clauses réputées abusives⁴¹¹. L'avantage de cette avenue est la prévisibilité pour la justiciable. En revanche, « il est utopique de croire que le législateur puisse imaginer toutes les

par la loi, les contractants font davantage œuvre personnelle dans les clauses non obligationnelles qui leur permettent ainsi de passer du "prêt-à-porter" au « sur mesure ». » Ajoutons que ce « sur mesure » est ajusté strictement à la stipulante qui est la plupart du temps ventripotente.

⁴⁰⁷ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 110.

⁴⁰⁸ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 214.

⁴⁰⁹ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 593.

⁴¹⁰ B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 187.

⁴¹¹ L'auteur souligne également que la loi qui protège les consommatrices en France prévoit une liste de clauses susceptibles d'être déclarées abusives : B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 184.

clauses potentiellement abusives⁴¹² ». Il s'agit d'une approche très rigide qui ne laisse pas de place à l'intervention judiciaire. Enfin, la troisième solution est mixte et consiste à définir largement les clauses abusives, ce qui permet ainsi aux tribunaux d'intervenir, en plus de dresser une liste rouge (clauses proscrites) et une liste jaune (clauses présumées abusives).

Toujours dans l'optique de contrôler les *clauses à contenu imposé*, l'article du professeur Moore nous enseigne que Sales a jadis proposé de créer une commission administrative qui serait chargée de rédiger des contrats types dans divers secteurs commerciaux⁴¹³. Ainsi, il s'agirait d'un formalisme contraignant et imposé aux parties. Bien que la commission pourrait avoir pour mandat de créer des contrats en fonction de l'équité et que cette avenue mènerait à une certaine prévisibilité et accessibilité, cette solution engendrerait une bureaucratie lourde et coûteuse selon l'auteur. Pour sa part, Bricks présente un modèle hybride qui repose sur un équilibre entre le formalisme et le volontarisme : « "la négociation collective des contrats de consommation"; c'est-à-dire l'utilisation imposée d'un contrat-type pré-négocié par des groupes représentant les parties au contrat⁴¹⁴ ». Enfin, un auteur français est d'avis qu'il y a lieu d'adapter la sanction en fonction du libellé et de la nature de la clause⁴¹⁵. Par exemple, la clause contrôlée pourrait être frappée de déchéance, d'éviction et de révision plutôt que seulement de nullité.

Comme nous l'avons observé, ce contrôle des clauses s'inscrit dans un « nouvel essor [qui] se traduit par une autonomie croissante des clauses contractuelles par rapport au

⁴¹² B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 187. Dans la même veine, voir G. DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503, 535 : « D'ailleurs un système de prohibitions multiples édictées par le législateur ne manque-t-il pas forcément son but ? Vous prohibez telle clause, soit; mais sera-t-il bien difficile au patron ou à l'assureur, ou au transporteur, d'en inventer une autre que la loi n'aura pas prévue et qui lui donnera des avantages équivalents? Jamais on ne réussira à interdire un à un tous les pièges que, dans les contrats par adhésion, l'offrant peut tendre à l'adhérent. »

⁴¹³ B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 191.

⁴¹⁴ B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 192.

⁴¹⁵ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{de} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 *RDC* 239, 241.

contrat⁴¹⁶ ». En effet, si une « clause est, classiquement, définie comme “une disposition particulière de l’acte juridique”⁴¹⁷ », il ne subsiste désormais aucun doute quant à l’autonomie des clauses insérées dans les contrats⁴¹⁸. Cette indépendance est d’autant plus nette entre les clauses obligationnelles et celles non obligationnelles. D’ailleurs, c’est justement parce que les *clauses à contenu imposé* n’établissent pas de relation de créancière à débitrice que le contrôle de celles-ci ne peut « se limiter aux règles classiques⁴¹⁹ appliquées aux obligations contractuelles. Des règles procédurales semblent plus adaptées, des règles encadrant la manière d’exercer ces différents pouvoirs⁴²⁰ ». Comme le précise le professeur Mekki, il « n’est [donc] pas question d’un droit spécial des clauses contractuelles, sauf exceptions, mais d’un droit commun

⁴¹⁶ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1051.

⁴¹⁷ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1052.

⁴¹⁸ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1051.

⁴¹⁹ La doctrine s’est timidement questionnée sur la nécessité d’avoir une cause à chacune des clauses. Voir M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{de} partie) : l’efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 *RDC* 239, 244 : « Plus précisément, chaque clause contractuelle doit-elle comporter une contrepartie à défaut de laquelle elle serait annulée pour défaut de cause? La doctrine est partagée. Alors qu’une partie soutient que la clause trouverait sa contrepartie dans le contrat lui-même, d’autres défendent l’existence d’une contrepartie autonome. » Si cette seconde avenue avait fédéré une majorité de juristes, une partie de nos questionnements relatifs au contrôle des clauses et à l’équilibre aurait pu être scellée. Toutefois, si l’on se fie au professeur Ghestin, cela ne semble pas être le cas. Voir à cet effet J. GHESTIN, « L’absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d’une clause d’un contrat », dans *Droit et actualité, Études J. Béguin*, Paris, Litec, 2005, p. 311, à la page 312 : il « est vrai que la notion d’absence de cause a été utilisée afin d’éliminer certaines clauses jugées abusives, spécialement dans les relations entre professionnels non soumises à la loi de 1995 qui ne protège, en fait, que les consommateurs. Plus précisément, ces clauses sont réputées non écrites parce qu’elles auraient pour effet de priver de contrepartie réelle les obligations du demandeur en annulation. Cependant, pour que la notion d’absence de cause puisse servir de fondement général à l’annulation des clauses abusives, ou tout au moins de certaines d’entre elles, il faudrait que la jurisprudence admette que chaque obligation d’un contrat synallagmatique doive trouver dans celui-ci sa contrepartie particulière. C’est, en effet, cette façon de raisonner qui permettrait, par exemple, d’écarter, en application de l’article 1131 du Code civil, les clauses limitatives de responsabilité non compensées par une réduction corrélative du prix. » Il a ajouté, en page 317 qu’il « est *a priori* douteux que, de façon générale, dans un contrat synallagmatique, il soit impératif que chacune des obligations réciproques ait une contrepartie spécifique. Un tel découpage d’un contrat en obligations qui se serviraient de contrepartie deux par deux semble peu réaliste. » Il explique cela, en page 323, par le fait que « [c]ause de chaque clause et cause de chaque obligation du même contrat sont des questions voisines, mais différentes. » En définitive, il conclut, en page 326, « [qu’]aucun des arrêts cités par les auteurs favorables à l’exigence d’une cause propre à chaque clause du contrat, dont l’obligation qu’elle fait naître devrait avoir sa contrepartie spécifique, n’est pertinent, soit que la solution n’ait pas été fondée sur l’article 1131 du Code civil et l’absence de cause, soit que l’absence de cause n’ait pas été utilisée pour annuler une clause en raison de son absence de cause mais parce qu’elle privait d’objet l’obligation fondamentale de l’une des parties, privant du même coup de cause l’obligation corrélative du demandeur en annulation. »

⁴²⁰ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1058.

adapté aux clauses contractuelles. [...] Vecteurs de pouvoirs susceptibles de perturber l'équilibre du contrat ou de porter atteinte à certains droits fondamentaux, les clauses sont l'objet de contrôles plus élaborés et parfois plus stricts⁴²¹ ». Notamment dans une optique de cohérence⁴²², il serait souhaitable et justifié d'établir « un contrôle de l'abus propre à certaines clauses contractuelles et distinct du contrôle de la légalité du contrat lui-même⁴²³ ». Le droit de la consommation l'a mis en exergue depuis quelques siècles : « La protection du consommateur ne doit plus être perçue comme celle d'un individu, mais d'une collectivité, aux prises avec les aléas du fonctionnement d'un marché de production, de distribution et de consommation de masse ⁴²⁴ ». Substituons la « protection du consommateur » par la « protection de l'adhérente », et vous y trouverez la synthèse de notre leitmotiv.

La conclusion de la seconde partie

Cette seconde partie avait comme point focal l'acte qu'on nomme contrat par adhésion. Après avoir brossé un bref tableau historique, nous avons esquissé les définitions législatives de celui-ci. Nous avons vu que la législatrice québécoise mettait l'accent sur les stipulations essentielles alors que celle française référait à un ensemble de clauses non négociables. Nous nous sommes par la suite attardé au déséquilibre inhérent de cette relation « contractuelle ». De fait, la stipulante bénéficie d'une quantité incommensurable de ressources financières, professionnelles et informationnelles en regard de sa cocontractante adhérente. C'est néanmoins du point de vue de l'utilité sociale qu'un bon nombre de juristes justifient l'existence du contrat par adhésion.

⁴²¹ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 *RDC* 1051, 1053.

⁴²² M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{de} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 *RDC* 239, 242.

⁴²³ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{de} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 *RDC* 239, 240.

⁴²⁴ P.-C. LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 29. Sur ce point, nous faisons nôtres les propos de A. SUPLOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19, à la page 32 : « Il a fallu à chaque fois assujettir le bon plaisir des plus forts à quelque chose de plus fort qu'eux, qui s'impose à tous et évite que la société des hommes ne se transforme en jungle. »

Nous avons ensuite repris les assises du contrat, c'est-à-dire la liberté et la volonté, afin de les confronter à la notion de contrat par adhésion. Nous avons d'abord observé que le triptyque de la liberté contractuelle révélait des incongruités vis-à-vis du contrat par adhésion alors que cette notion était tout simplement, la plupart du temps, en inadéquation avec la volonté. Finalement, nous avons soutenu que le contrat par adhésion devrait être considéré comme un acte hybride en ce qu'il recèle un contrat en bonne et due forme ainsi qu'un acte distinct que nous avons proposé d'appeler *clauses à contenu imposé*. Cette proposition aura été l'occasion de rappeler que les clauses d'un contrat devraient se voir reconnaître une plus grande autonomie de sorte qu'on puisse les contrôler isolément.

Cette avenue s'avère certes plus complexe que la solution législative actuelle, mais considérablement plus conforme à la complexe réalité qui nous occupe. Afin de faciliter la tâche des juristes, des présomptions pourraient être édictées par la législature : les clauses obligationnelles seraient présumées de nature contractuelle alors que les autres seraient assimilées à des *clauses à contenu imposé*. Évidemment, il resterait à bâtir tout un régime visant à contrôler ces dernières, mais le mur épistémologique qui se dresse devant nous serait, au moins au plan théorique, écarté. Ce mur s'effondrerait dès lors que l'on cesserait d'assimiler les conditions générales à un contenu consenti et voulu; l'intervention publique deviendrait donc justifiée – ou, à tout le moins, acceptable. Un contrôle *sui generis* des *clauses à contenu imposé*, comme c'est d'ailleurs le cas pour les règles du mariage⁴²⁵ ou de la copropriété⁴²⁶, pourrait être adopté en toute conformité intellectuelle et théorique.

⁴²⁵ Voir articles 365 et s. du Code civil du Québec.

⁴²⁶ Voir articles 1012 et s. du Code civil du Québec.

Conclusion

*De nous-mêmes et de nos destinées,
nous n'avons compris clairement que ce devoir-là:
persister... nous maintenir...
Et nous nous sommes maintenus,
peut-être afin que dans plusieurs siècles encore
le monde se tourne vers nous et dise:
ces gens sont d'une race qui ne sait pas mourir...
Nous sommes un témoignage.*

Louis Hémon, *Maria Chapdeleine*

Par où devrions-nous commencer la conclusion? Peut-être par ce que ce mémoire de maîtrise n'est pas. Ce texte n'a pas la prétention d'exhaustivité. Il ne vise donc pas à présenter une quelconque définition du contrat (par adhésion) dans sa plénitude. Cette proposition ne porte pas non plus sur le régime du contrat par adhésion. L'ouvrage ne traite pas de l'état du droit positif sur la question. Pour ces raisons, il n'a rien du « prêt-à-manger ». Que reste-t-il alors? Peut-être pas grand-chose, au fond... Nous avons simplement souhaité qu'il soit une amorce. Une amorce sur certains thèmes qui nous sont chers : Que reste-t-il du contrat classique? Qu'est-ce que le contrat contemporain? Voulons-nous toujours prendre le temps de contracter – voire voulons-nous toujours contracter? Quelle importance voulons-nous accorder au droit commun des contrats vis-à-vis des droits spéciaux⁴²⁷? À quel point sommes-nous prêtes à élargir la notion de contrat? Quel niveau de protection souhaitons-nous socialement accorder aux parties vulnérables⁴²⁸? Qu'est-ce que la volonté? Peut-être avons-nous seulement voulu poser

⁴²⁷ A. POPOVICI, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161, à la page 200 citant Louis Baudouin : « On peut constater qu'ici comme ailleurs, le vice fondamental de ces lois spéciales réside dans leur libellé; elles sont en grande majorité dépourvues d'universalité, car elles ne cherchent qu'à résoudre des séries de cas ou de situations particulières; en cela elles ressemblent étrangement à des statuts anglais. [...] Le Code se vide ainsi de sa substance. Ce phénomène entraîne encore un autre au moins aussi grave. L'adoption d'une telle méthode législative créée également de son côté dans l'esprit des juristes un changement d'orientation dans le cheminement de la pensée, sinon même dans la méthode de travail. Les textes de la nouvelle loi inspirée d'un droit étranger véhiculent avec eux des concepts autres que ceux conçus au pays et il n'est pas jusqu'à la jurisprudence qui ne se voit obligée de puiser son inspiration dans le pays étranger. Cette méthode ne risque-t-elle pas de provoquer insensiblement l'assimilation au système étranger? »

⁴²⁸ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 611 : « La vulnérabilité première qui se retrouve dans chaque individu est consubstantielle à notre humanité commune. L'être humain arrive au monde dans une fragilité certaine que ceux qui sont chargés de l'accueillir sont appelés à encadrer. »

des questions qui nous préoccupaient à la doctrine privatiste⁴²⁹. Peut-être simplement un plaidoyer afin de s'extirper du choix que nous avons entre « adhérer et adhérer ».

Pour ce faire, il nous a semblé que la question de la notion de contrat devait être abordée. Sur ce terrain, le thème de l'autonomie de la volonté et la définition positiviste du contrat nous ont paru inévitables. En faisant sa genèse, des autrices nous ont convaincu que les assises du contrat étaient la liberté et la volonté. La liberté contractuelle est d'ailleurs reconnue à grands traits dans les législations nationales et représente un principe phare du droit privé. Nous avons observé que la liberté pouvait être restreinte en vertu de ce même principe. Quant à la volonté, bien que son rôle ait varié à travers les époques, les législatrices requièrent toujours qu'elle se manifeste au sein de l'acte conclu par les parties privées afin d'y apposer le sceau contractuel.

En raison de sa prolifération et de son omnipotence, il devenait inéluctable d'étudier le contrat par adhésion. Nous avons donc porté notre regard sur ses fondements historique, social et conceptuel. Après avoir analysé ses définitions, nous l'avons observé à l'aune des pierres angulaires du contrat que sont la liberté et la volonté. Par le truchement de cette lorgnette, nous avons constaté que l'inadéquation entre les fondements du contrat et le contrat par adhésion était dépourvue d'ambiguïté. Tout en rappelant les enseignements de Dereux et de Gounot⁴³⁰, nous avons proposé de changer de paradigme en portant notre attention non plus sur le contrat globalement, mais plutôt sur les clauses prises isolément. De cette manière, ce que l'on nomme de nos jours le contrat par adhésion deviendrait conceptuellement un acte hybride, en ce qu'il recèlerait un acte contractuel où la volonté s'est extériorisée ainsi que des *clauses à contenu imposé* qui seraient contrôlées différemment du contrat à proprement parler.

⁴²⁹ A. BÉLANGER, « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117, à la page 135 : « Le droit des contrats n'est-il que l'une des roues pour les hamsters que nous sommes, à l'intérieur de la cage du Code civil? À moins que notre contribution à titre de juriste consiste à trouver un moyen de nous échapper de cette roue? »

⁴³⁰ Voir *supra*, p. 76.

Peut-être cesserait donc la phagocytose de la part de la notion de contrat et la crise perpétuelle de celle-ci⁴³¹.

En même temps, il est à se demander si c'est réellement le souhait des juristes. Pourquoi aurions-nous alors accepté, à travers les années et les réformes, de traiter le contrat par adhésion comme s'il s'agissait d'un contrat? De traiter l'imposition des clauses comme s'il s'agissait de la négociation? De traiter l'intransigeance comme s'il s'agissait des concessions réciproques? De traiter l'asservissement comme s'il s'agissait de l'acte de souveraineté sur sa personne que représentait initialement l'action de contracter? Une chose est certaine, on ne saurait aujourd'hui défendre que le contrat par adhésion s'appuie sur les notions de liberté et de volonté – à moins d'avoir une conception pour le moins extensive de celles-ci.

Si les juristes que nous sommes et la législature – et plus largement la société – préfèrent faire de l'économisme, de l'utilité et de l'efficacité les nouvelles pierres d'assise du contrat par adhésion, c'est une chose; il s'agira de l'énoncer clairement pour en débattre. Cela en est une autre que de laisser le droit des contrats être à la remorque des diktats économiques⁴³² pour lesquels nous faisons justement l'économie du débat ou, pis encore, pervertissons sans bruit les principes à la base même du modèle si chèrement acquis.

⁴³¹ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577, 587 : « Le droit n'est pas une donnée statique, figée, mais une conquête permanente dont la découverte du sens requiert une adaptation de la norme juridique à la situation concrète. »

⁴³² C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 7, à la page 26 : « Dans le petit domaine qui est le nôtre, celui du droit privé des contrats, il me semble plus spécialement que la contractualisation croissante de la société et de l'économie ne sera acceptée qu'à la condition de ne pas s'appuyer sur une philosophie contractualiste et individualiste dont l'expérience a montré qu'elle aboutit à l'assujettissement, si ce n'est parfois à l'écrasement, d'un grand nombre de personnes. »

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes québécois

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991

Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, c. P-40.1

Textes à l'international

Bürgerliches Gesetzbuch

Code civil

Code civil roumain

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence québécoise

Canadian Luggage Co. c. Cassion Sound inc., 1987 CanLII 541 (C.A.)

Delcor inc. c. Compagnie France Film inc., 2001 CanLII 18556 (C.A.)

Re/Max Idéal inc. c. Deschamps, 1989 CanLII 1054 (C.A.)

Sports Experts inc. c. Brolisport inc., 2003 CanLII 11559 (C.A.)

Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc., 2017 CSC 43

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

BAUDOUIIN, J.-L., P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013

BAUDOUIIN, J.-L., *Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970

BÉLANGER, A., *Théorisations sur le droit des contrats, Propositions exploratoires*, coll. Dikè, Québec, P.U.L., 2014

BELLEY, J.-G., *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996

BÉNABENT, A., *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016

BERLIOZ, G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973

BERNATCHEZ, S. et L. LALONDE (Éd.), *Approches et Fondements du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018 (sous presse)

BRUNAUX, G., *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2010

CADIET, L., *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987

CARON, V., G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al., *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015

CHANTEPIE, G. et M. LATINA, *Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise*, Paris, Dalloz, 2018

CHASSAGNARD-PINET, S. et D. HIEZ, *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007

CROTEAU, N., *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996

DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris, A. Rousseau, 1923

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. 2, Paris, A. Rousseau, 1923

Droit et actualité, Études J. Béguin, Paris, Litec, 2005

- DUDIT, C., *La contractualisation du droit de la famille*, thèse Nantes, 2009
- DUGUIT, L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003
- DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1998
- Études de droit de la consommation. Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004
- Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1974
- Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2016
- FOUILLÉE, A., *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1885
- GOUNOT, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912
- HAURIOU, M., *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010
- HELLERINGER, G., *Les clauses du contrat : Essai de typologie*, Paris, L.G.D.J., 2012
- JAMIN, C., *Droit et économie des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2008
- JAMIN, C. et D. MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003
- JAMIN, C., *Le solidarisme contractuel : un regard franco-qubécois*, Montréal, Thémis, 2005
- KANT, E., *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Paris, Auguste Durand, Libraire, 1853
- KANT, E., *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979
- KARIM, V., *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015
- LAFOND, P.-C. et V. GAUTRAIS, *Le consommateur numérique : une protection à la hauteur de la confiance?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016
- LAFOND, P.-C. et B. MOORE, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010

LARROUMET, C. et S. BROS, *Les obligations – Le contrat*, 8^e éd., t. 3, Paris, Economica, 2016

LEWKOWICZ, G. et M. XIFARAS, *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009

LITTY, O., *Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, L.G.D.J., 1999

LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018

MALAURIE, P., L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2016

MALINVAUD, P., D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., Paris, LexisNexis, 2017

MANIET, F., *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005

MOORE, B., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

NIORT, J.-F., *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004

NIORT, J.-F., *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t. 2, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004

NORDMANN, P., *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, thèse Lausanne, 1974

POPOVICI, A., *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995

POPOVICI, A., *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974

PORTALIS, J.-E.-M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004

RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980

RIEG, A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961

RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949

ROUHETTE, G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965

SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901

SAVAUX, E., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, L.G.D.J., 1997

TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009

VILLAIN, H., *La détermination du contenu du contrat d'adhésion*, mémoire de maîtrise, Lille, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille, 2016

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

ANCEL, P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) 4 *RTD civ.* 771

ANCEL, P., « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 163

ATIAS, C., « Qu'est-ce qu'un contrat? », dans C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 3

BATIFFOL, H., « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13

BAUDOIN, J.-L., « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29

BEBCHUK, L. A. et R. A. POSNER, « One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets », (2006) 104 *Michigan Law Review* 827

BÉLANGER, A., « Le temps contractuel – Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 117

BÉLANGER, A., « Les théories du contrat en droit civil : panorama épistémologique », dans S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (Éd.), *Approches et Fondements du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018 (sous presse)

BELLEY, J.-G., « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 195

BELLEY, J.-G., « Les "obligations ajuridiques" : des oubliées du Code civil? », dans V. CARON, G.-A. BERTHOLD, C. DESLAURIERS-GOULET et al. (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, p. 143

BLAISE, H., « Les conventions de travail », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 49

BLANC, N., « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », (2018) 115h2 *RDC* 20

CADIET, L., « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 7

CASTRO, L., « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 51

CHANTEPIE, G., « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », (2012) 3 *RDC* 989

CHARPENTIER, É., « Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du Code civil du Québec », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 255

CHAZAL, J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 99

CHÉNEDÉ, F., « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », (2012) 4 *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 155

COLLART DUTILLEUL, F., « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225

CRÉPEAU, P.-A., « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729

CUMYN, M., « La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social? », (2006) 47 *C. de D.* 677

DEREUX, G., « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », (1910) *RTD civ.* 503

FAGES, B., « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la "chose" des parties? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 153

FAVREAU, O., « Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie », dans C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 21

FENOUILLET, D., « Le juge et les clauses abusives », (2016) 2 *RDC* 358

FRISON-ROCHE, M.-A., « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », (1995) *RTD civ.* 573

GAUTRAIS, V., « Protégeons le consommateur numérique! », dans P.-C. LAFOND et V. GAUTRAIS (dir.), *Le consommateur numérique : une protection à la hauteur de la confiance?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 3

GHESTIN, J., « Avant-propos », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1

GHESTIN, J., « L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat », dans *Droit et actualité, Études J. Béguin*, Paris, Litec, 2005, p. 311

GHESTIN, J., « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147

GHESTIN, J., « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35

GRÉGOIRE, M. A., « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité », dans P.-C. LAFOND et B. MOORE (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 19, à la page 30

JAMIN, C., « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175

JAMIN, C., « Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 7

JESTAZ, P., « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243

KERVÉGAN, J.-F., « From Status To Contract. Variations sur un thème trop bien connu », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 93

KESSLER, F., « Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract », (1943) 43 *Columbia Law Review* 629

LAFOND, P.-C., « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9

LEFEBVRE, B., « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439

LEVENEUR, L., « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », (2018) 8-9 *Contrats, conc. consom.* Étude 11

LYON-CAEN, G., « Défense et illustration du contrat de travail », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 59

MAZEAUD, D., « Droit commun du contrat et droit de la consommation : Nouvelles frontières? », dans *Études de droit de la consommation. Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 697

MAZEAUD, D., « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 135

MAZEAUD, H., « L' "absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », (1935) *Recueil Dalloz* 5

MEKKI, M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », (2006) 4 *RDC* 1051

MEKKI, M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2de partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 *RDC* 239

MOORE, B., « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177

MOORE, B., « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans F. MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 113

MUIR WATT, H., « Analyse économique et perspective solidariste », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 183

PICAVET, E. et C. GUIBET LAFAYE, « Les limites du droit de contracter », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 135

PLOUVIEZ, M., « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69

POPOVICI, A., « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 161

REMY, P., « Droit des contrats : questions, positions, propositions », dans L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 271

REMET, T., « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », (2016) *Recueil Dalloz* 1771

REJET, T., « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 83

ROLLAND, L., « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765

S. GAL, M. et N. ELKIN-KOREN, « Algorithmic consumers », (2017) 30 *Harvard Journal of Law & Technology* 309

SEUBE, A., « Les conditions générales des contrats », dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1974, p. 621

STOYANOVITCH, K., « La théorie du contrat selon Pachoukanis », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 89

SUPIOT, A., « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 19

TABI TABI, G., « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », (2012) 53 *C. de D.* 577

TASSOPOULOS, I. A., « La civilité juridique au fondement du contrat? Sur l'articulation entre contrat et sentiments moraux chez Adam Smith », dans G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 55

TERRÉ, F., « L'inutile et l'injuste », dans *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 865

TERRÉ, F., « Sur la sociologie juridique du contrat », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 71

VERKINDT, P.-Y., « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 197

Dictionnaires

CORNU, G. et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., coll. Quadrige, Paris, P.U.F., 2014

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015