

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

Marc-Antoine Picotte

Volume 51, numéro 2, 2021

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1088372ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1088372ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Picotte, M.-A. (2021). Adhérer ou adhérer : proposition sur la notion de contrat (par adhésion). *Revue générale de droit*, 51(2), 519–574.
<https://doi.org/10.7202/1088372ar>

Résumé de l'article

Le présent article a trait à la notion de contrat par adhésion. L'auteur propose une construction théorique de cette notion en remettant en question le caractère contractuel de cet acte juridique. Loin de l'exclure du droit privé, il 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 texte sur la définition du contrat, et d'une réflexion sur la façon dont on qualifie les concepts en droit privé.

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

MARC-ANTOINE PICOTTE*

RÉSUMÉ

Le présent article a trait à la notion de contrat par adhésion. L'auteur propose une construction théorique de cette notion en remettant en question le caractère contractuel de cet acte juridique. Loin de l'exclure du droit privé, il 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 texte sur la définition du contrat, et d'une réflexion sur la façon dont on qualifie les concepts en droit privé.

MOTS-CLÉS :

Contrat, adhésion, clause, volontarisme, autonomie, volonté, liberté et clauses à contenu imposé.

ABSTRACT

The subject of this paper is related to the contract of adhesion. The author questions the contractual aspect of this type of "contract," and proposes a theoretical construct in line with private civil law. According to this proposition, the contract of adhesion would be a hybrid legal act which would include a contractual part and an imposed terms and conditions part (clause à contenu imposé). This paradigm shift aims to

* L'auteur est doctorant en philosophie du droit à l'Université d'Ottawa et avocat. Il tient à remercier ses directeurs, les professeurs Benoît Moore à la maîtrise et André Bélanger au doctorat, de leur soutien et précieux conseils, ainsi que l'équipe de direction et de révision de la *Revue générale de droit*.

Cet article est une synthèse du mémoire de maîtrise de l'auteur, lequel a reçu la mention d'excellence du jury et le prix du concours de rédaction de la Chaire du notariat en 2018–2019. Le mémoire s'intitule « Adhérer ou adhérer : essai sur la notion de contrat (par adhésion) ».

facilitate better public protection with regards to the imposed terms and conditions. More broadly, this paper looks into the contemporary definition of "contract" and the way we define our private civil law concepts.

KEYWORDS:

Contract, adhesion, clause, voluntarism, will, autonomy, freedom and imposed terms and conditions.

SOMMAIRE

Introduction.....	521
I. La notion de contrat.....	527
A. La liberté.....	531
1. La liberté contractuelle et ses restrictions.....	534
B. La volonté.....	536
1. Qu'est-ce que la volonté?.....	539
C. Conclusion de la première partie.....	542
II. Le contrat par adhésion.....	543
a. La définition du contrat par adhésion.....	544
b. Le contrat par adhésion ou le déséquilibre contractuel inévitable?.....	547
c. Le contrat par adhésion par utilité.....	549
A. La liberté et la volonté dans le contrat par adhésion.....	551
1. La liberté dans le contrat par adhésion.....	554
2. La volonté dans le contrat par adhésion.....	558
B. L'hybridité de l'acte.....	561
1. La volonté réelle des contractantes.....	564
2. Les clauses à contenu imposé.....	566
C. Conclusion de la seconde partie.....	572
Conclusion.....	573

INTRODUCTION

Soyez partiaux. Pour maintenir la balance
entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre
qui ne pèsent pas le même poids,
faites-la pencher plus fort d'un côté [...]

La loi s'interprète, elle dira ce que vous voulez qu'elle dise.

Oswald Baudot, *Harangue à des magistrats qui débutent*.

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'inflation et d'accélération contractuelles³.

Dans un texte où il se questionnait à savoir si la législatrice québécoise n'avait pas oublié de considérer le bouleversement du temps lors de sa réforme du Code civil en 1994, le professeur Bélanger soulevait le paradoxe voulant que l'on contracte plus fréquemment et plus rapidement, mais que nous avons de moins en moins de temps pour le faire⁴. 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

1. Nous avons volontairement choisi d'adopter le féminin générique dans le présent article, et ce, même si cela entraînait certaines malséances — particulièrement lorsqu'il sera question des codificatrices (voir *infra*, note 34). Il importe de souligner que ce choix ne cherche pas à dicter une façon de faire et encore moins à nous mettre à l'avant-plan, étant conscient que l'écriture féministe représente une lutte idéologique et qu'il appartient aux femmes de la mener à l'avant-scène. Cette prise de position n'est donc qu'un appui dans ce qui nous paraît être un déséquilibre trop bien ancré. Cela dit, souhaitons que ce positionnement alimente — ou en soit l'amorce pour certaines — le débat sur le fait que le féminin est trop souvent effacé de nos textes et que l'écriture actuelle n'est pas neutre. Pour plus de détails concernant cette démarche, voir Alexandra Bahary-Dionne et Marc-Antoine Picotte, «Écrire féministe en droit privé: dialogue sur une démarche parsemée d'embûches» (2021) 33:2 RFD 206.

2. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd, Paris, LGDJ, 1949 à la p 39.

3. André Bélanger, «Le temps contractuel — Réflexions rapides et métaphores précipitées autour de l'accélération de la vie sociale» dans Vincent Caron et al, dir, *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, 117 [Bélanger, «Le temps contractuel»].

4. *Ibid* à la p 129.

classique afin de poursuivre un idéal, nous accélérons aujourd'hui sans but⁵. Comme le soulignait Rosa :

l'introduction de techniques de plus en plus raffinées de planification et d'organisation du temps permet d'économiser de plus en plus de temps, sans pour autant venir à bout de sa rareté. C'est même tout le contraire : « Plus nous gagnons du temps, et moins nous en avons »⁶.

Nous en serions donc à créer des outils pour pouvoir produire plus vite, ce qui permet de produire et consommer plus, de créer plus de concurrence et de contracter plus et plus vite⁷. Mais la question la plus importante à nous poser est : pourquoi faisons-nous cela ? Il s'agit là d'une question qui ne cesse de tarabuster l'humanité.

La réponse aux questions soulevées dépendra de notre positionnement idéologique, lequel aura certainement une incidence sur notre vision du droit des contrats. L'analyse en la matière variera en fonction de nos visées sociales, c'est-à-dire que sous le couvert du positivisme et de la prétendue neutralité du droit se cachent une culture et un bagage qui en teintent l'analyse⁸. Puisque l'équilibre se réalise par des déséquilibres successifs⁹, 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 devient trop important en raison des changements sociaux, on parle alors de crise du contrat¹⁰. 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 « détermination préalable de l'essence du contrat »¹¹. Si

5. *Ibid* à la p 123.

6. Hartmut Rosa, *Accélération : une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2013 à la p 31.

7. Bélanger, « Le temps contractuel », *supra* note 3 aux pp 133 et s.

8. Christophe Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux » dans Gregory Lewkowicz et Mikhail Xifaras, dir, *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, 175 à la p 176.

9. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911 à la p 196.

10. Voir notamment Henri Batiffol, « La "crise du contrat" et sa portée » (1968) 13 *Archives philosophie dr* 13; Christophe Jamin et Denis Mazeaud, dir, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003; Lewkowicz et Xifaras, dir, *supra* note 8.

11. Loïc Cadiet, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats » dans Loïc Cadiet, *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, 7 à la p 14.

l'on considère que l'essence du contrat¹² 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 flagrante¹³.

Il est évident que ces auteurs font référence à l'émergence et à la prolifération du contrat d'adhésion dans cette seconde avenue. Le contrat d'adhésion a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux¹⁴ 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 la manifestation de la volonté. D'emblée, Saleilles a donné le ton au débat en les qualifiant « de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom »¹⁵. 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'acte, on retrouve un article fort éclairant de Dereux¹⁶. 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 et de la remplacer par l'expression contrat *par* adhésion¹⁷. De fait, la préposition *de* fait référence au type d'acte envisagé. C'est ainsi qu'on parlera de contrats *de* vente, *de* travail ou *d'*assurance. En revanche, la préposition *par* désigne la façon dont on conclut l'acte. Par exemple, on dira un contrat *par* acte notarié ou un contrat formé *par* négociation¹⁸. Dans le cas du contrat

12. 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 » : Philippe Jestaz, « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain? » dans Jamin et Mazeaud, dir, *supra* note 10, 243 à la p 254.

13. Cadiet, *supra* note 11 à la p 14.

14. Adrian Popovici, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? » dans Adrian Popovici, dir, *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1974, 161 aux pp 173 et s.

15. Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901 à la p 229.

16. Georges Dereux, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" » (1910) RTD civ 503.

17. *Ibid* à la p 504.

18. Pour celles qui seraient tentées de fournir le contre-exemple de « contrat *de* gré à gré », rappelons 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 présent texte.

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, nous nous permettons d'employer les mots de Dereux dans cet article.

Au-delà de cette réflexion langagière, le contrat par adhésion est digne d'intérêt sur plusieurs plans. D'abord, il représente une vaste majorité des contrats conclus par les justiciables. Juridiquement, quiconque s'intéresse à la théorie du contrat a tout intérêt à 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. Cependant, l'intérêt envers ce type de contrats n'en est pas moindre. (Hélas!), le droit de la consommation écarte d'emblée les contrats auxquels les deux parties sont des commerçantes¹⁹. 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 considération²⁰. L'intérêt de l'étude est multiple : accepter d'apposer le sceau contractuel au contrat par adhésion, c'est le charger du bagage 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 sont souveraines et ne sont liées que suivant leur volonté. C'est accepter la primauté du marché, de l'utilité et de la stabilité sur l'équité, la solidarité et la justice. Symboliquement, c'est reconnaître l'asservissement, la soumission de la partie vulnérable à la stipulante. Bref, c'est proclamer que le coup de sifflet active le train au départ de la gare²¹.

Dans le présent article, nous aborderons la notion et la nature du contrat par adhésion. Quoique son sort semble avoir été scellé, cet article, qui est une synthèse de notre mémoire de maîtrise, se veut une humble contribution à la critique selon laquelle le contrat par adhésion

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

20. Ghislain Tabi Tabi, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel » (2012) 53:3 C de D 577, à la p 614.

21. Dereux, *supra* note 16 à la p 513.

dans son ensemble n'est pas de nature contractuelle²². 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 être qualifiées 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 aux contractantes en position de vulnérabilité. Cette position de vulnérabilité touche 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 nous traiterons (strictement?) de la notion et de la nature du contrat par adhésion. Nous écartons ainsi volontairement le régime du contrat par adhésion. Au surplus, nous excluons substantiellement de la présente analyse le discours jurisprudentiel²³. Étant conscient que ce choix heurte nos habitudes de juristes positivistes, nous estimons important de l'explicitier. D'abord — et si tant est que ce soit nécessaire —, nous

22. Aux personnes qui y verraient à ce stade-ci de l'hérésie, nous citerions Rouhette : « un parfait monolithisme de la doctrine serait un indice certain de sclérose intellectuelle » dans Georges Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Université de Paris, 1965 à la p 50.

23. Nous tenons toutefois à préciser que l'on a porté à notre attention que la Cour suprême du Canada aborderait distinctement sa marge de manœuvre selon qu'elle est en présence d'un contrat de gré à gré ou par adhésion. De fait, si le contrat en litige est de gré à gré, les juges des tribunaux d'appel chercheraient la « véritable » intention des parties, et leur intervention relativement aux conclusions des tribunaux de première instance y serait assimilée à une question de fait ou encore mixte de fait et de droit. Sur ce point, voir notamment l'arrêt *Uniprix inc c Gestion Gosselin et Bérubé inc*, 2017 CSC 43, [2017] 2 RCS 59. En revanche, en présence d'un contrat par adhésion, la Cour suprême du Canada invite les tribunaux d'appel à interpréter le contrat à l'aune du critère de la question de droit. Voir à cet effet l'arrêt *Ledcor Construction Ltd c Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 RCS 23. Nous soulignons néanmoins que cet arrêt porte sur un dossier émanant de l'Alberta et que le contrat en l'espèce n'est pas expressément qualifié de contrat par adhésion, mais plutôt de contrat type. Cela dit, il s'agit d'une différence marquée par rapport au traitement jurisprudentiel du contrat de gré à gré (*Sattva Capital Corp c Creston Moly Corp*, 2014 CSC 53, [2014] 2 RCS 633). Cette distinction qui nous a été soumise est fort intéressante et mériterait que l'on s'y attarde avec soin, probablement dans un article subséquent qui porterait sur le traitement des contrats par adhésion en jurisprudence. Nous remercions sincèrement la personne qui nous a aiguillé.

précisons que cette prise de position se limite aux fins et aux visées du présent article, et ne se veut pas d'application générale au domaine du droit privé. Qui plus est, cette décision de mettre l'accent sur le discours doctrinal plutôt que jurisprudentiel s'explique par le fait que, lorsque vient le temps d'analyser une disposition de droit civil, les autrices bénéficient d'une plus grande latitude que les juges pour sortir du cadre imposé par la législatrice. Cela est, à notre sens, sain : si l'ensemble des autrices se limitaient toujours à observer ce que la jurisprudence dit d'une disposition édictée par le corps législatif, il nous semble qu'on n'en viendrait qu'à exposer savamment le droit posé. Nos recherches seraient quelque peu circulaires, et nous resterions toutes dans le cadre imposé, avec quelques teintes grisâtres à l'occasion. Jean-Guy Belley évoquait, déjà en 1985, ce cercle vicieux²⁴. Le propos du présent texte se prête conséquemment davantage à une analyse du discours doctrinal que jurisprudentiel, laquelle s'ajoute par ailleurs à une saine pluralité des types d'analyses portant sur diverses sources. Finalement, si nous présentons sans ambages l'angle mort que recèle cet article, à savoir la quasi-absence de la jurisprudence, c'est aussi pour susciter la réflexion sur les angles morts du positivisme. En effet, la plus rigoureuse analyse jurisprudentielle qui soit serait elle-même tout autant lacunaire, dans la mesure où un nombre grandissant de justiciables non représentés se présente devant les tribunaux en matière civile²⁵, que la non-représentation par avocates entraîne des désavantages évidents dont la jurisprudence peine à rendre compte²⁶, et que « [l'] analyse de la jurisprudence laisse penser que la justice québécoise, plutôt que de s'imaginer être un service public et accessible pour l'ensemble des justiciables, n'est qu'un "club privé" où des personnes sans ressources financières sont d'abord perçues comme des éléments perturbateurs »²⁷.

24. « S'il devait s'avérer que la jurisprudence ne donne plus de cette dernière une image adéquate, l'interaction doctrine-jurisprudence confinerait à un formidable cercle vicieux du droit dogmatique où la doctrine reflète la jurisprudence qui reflète la doctrine qui reflète la jurisprudence... qui ne reflète plus la pratique contractuelle »: Jean-Guy Belley, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme » (1985) 26:4 C de D 1045 à la p 1051.

25. Richard-Alexandre Laniel, Alexandra Bahary-Dionne et Emmanuelle Bernheim, « Agir seul en justice : du droit au choix — État de la jurisprudence sur les droits des justiciables non représentés » (2018) 59:3 C de D 495 à la p 508.

26. *Ibid* à la p 516.

27. *Ibid* aux pp 531–32. Pour plus de détails sur les angles morts de l'analyse jurisprudentielle, voir également l'étude empirique menée par Roderick A Macdonald et son équipe : Roderick A Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2002–03) 33 RDUS 135 aux pp 144 et s.

À ce stade-ci, rappelons que 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 (l'ordre public), la justice entre les parties (essentiellement la bonne foi et l'équité), enfin la sécurité contractuelle (la force obligatoire du contrat) »²⁸. De tous ces principes, la liberté contractuelle — c'est-à-dire la doctrine de l'autonomie de la volonté transposée sur le plan juridique²⁹ — conserve le premier rang dans l'esprit des juges et des autrices, en plus d'être consacrée comme principe constitutionnel en France³⁰. Quant à la volonté, elle est au cœur de la définition du contrat. 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, le plan de l'article se déclinera ainsi : premièrement, l'analyse de la théorie générale du contrat, ainsi que ses deux fondements principaux, soit la liberté et la volonté. Deuxièmement, il sera question du contrat par adhésion, de son inadéquation avec les deux assises centrales du contrat que sont la liberté et la volonté, et de sa possible réconciliation avec le droit privé par le truchement des *clauses à contenu imposé*.

I. LA NOTION DE CONTRAT

Nombreuses ont été les autrices qui ont tenté d'élaborer une définition achevée de la notion de contrat. Malgré tout, le contrat, de par son ancienneté et sa prégnance, précède toute définition qu'il aurait pu recevoir de la loi ou des juristes³¹. Néanmoins, l'entrée en vigueur du *Code civil des Français* de 1804 marque un tournant quant à 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 l'une des premières constructions d'une théorie

28. Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013 à la p 148.

29. *Ibid* à la p 141.

30. *Ibid*.

31. Christian Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat? » dans Christophe Jamin, dir, *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, 3 à la p 11.

générale du contrat. Il est essentiel de distinguer les règles contenues dans les codes (règles de droit commun des contrats) de la notion de théorie générale du contrat (laquelle 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 large, désignant plutôt « une activité doctrinale de connaissance du contrat et le produit de cette activité »³². 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 contrat³³. L'importance de ce qui a longtemps porté le nom de « Code Napoléon » explique sans doute pourquoi on cherche tant à connaître les intentions des *codificatrices*³⁴ 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. L'élaboration du Code Napoléon procède du courant philosophique des Lumières³⁵. Si cette époque marque une cassure³⁶ avec l'Ancien Régime, elle visait particulièrement à humaniser les relations en mettant sur un pied d'égalité des personnes titulaires des mêmes droits³⁷; l'idée était de s'éloigner de la société de classes de l'Ancien Régime. Jusqu'à quel point cette ère a-t-elle été romancée? Bien qu'il soit difficile de l'évaluer, il demeure que l'interprétation qu'on donne à un mouvement

32. Voir à cet effet les travaux du professeur Savaux: Éric Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, LGDJ, 1997 à la p 345.

33. Rouhette, *supra* note 22 à la p 333.

34. Dans la mesure où cette féminisation risque d'en faire sourciller plus d'une, nous nous permettons de citer les juristes Alexandra Bahary-Dionne et Derrick Bell afin de synthétiser notre pensée sur l'utilisation du mot « codificatrice » — laquelle s'applique tout autant à « législatrice »: « Finalement, ce que soulève ta réflexion autour de la notion de législatrice, c'est un questionnement au sujet de la fonction de la féminisation. A-t-elle une fonction descriptive, au sens où elle vise à décrire le réel, ou performative, au sens où elle cherche à agir sur le réel en ébranlant nos représentations sociales? Or, les deux sont-elles possibles? Probablement, comme le laissent à penser les *Critical Race Studies* [italiques dans l'original], et en particulier le juriste Derrick Bell: "[t]o see things as they really are, you must imagine them for what they might be" » [nos italiques]: Bahary-Dionne et Picotte, *supra* note 1 aux pp 229–230; Derrick A Bell, « Who's Afraid of Critical Race Theory? » (1995) 4 U Ill L Rev 893 à la p 898.

35. Jean-François Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, t 1, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 à la p 312.

36. *Ibid* à la p 29.

37. Christophe Jamin, *Le solidarisme contractuel: un regard franco-québécois*, Montréal, Thémis, 2005 à la p 24.

reste davantage imprégnée dans nos esprits que les idées fondatrices dudit mouvement. C'est là toute la différence entre la mémoire collective et l'histoire, comme le soulignait le professeur Chevallier³⁸.

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 en place ce nouvel ordre qui met l'accent sur la liberté et l'égalité³⁹. Après avoir analysé leurs textes et leurs discours, Niort qualifie les *rédactrices* d'assez modérées, mais conservatrices et traditionalistes — voire réactionnaires⁴⁰ —, tout en accordant une place importante aux croyances religieuses⁴¹. 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 prospérité⁴² : « En d'autres termes : pour entrer dans le jeu social, il faut posséder. Ensuite, on pourra jouer, c'est-à-dire *contracter* »⁴³. En résumé, le « Code n'est pas fait pour les pauvres »⁴⁴. 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 n'apparaît finalement

38. Jacques Chevallier, « Droit et mémoire » dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir, *Mélanges André Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, 639 à la p 642 :

Cette mémoire collective ne se confond pas avec l'histoire, même si elle entretient des rapports étroits avec elle : elle est le produit d'une *construction*, par laquelle sont retenus certains faits du passé, considérés comme emblématiques, et arrêtée la signification qu'il convient de leur donner; le passé est donc l'objet, non d'une simple restitution, mais d'un travail de réinterprétation, indissociable des enjeux du moment et donc exposé à être ultérieurement réévalué. La mémoire collective apparaît ainsi, non comme « vérité du passé », mais « présence active du passé » reconstruction suscitant la méfiance des historiens en tant qu'obstacle à la connaissance de la réalité des faits historiques [italiques dans l'original].

39. Niort, *supra* note 35 à la p 37.

40. *Ibid* à la p 77.

41. *Ibid* à la p 92.

42. *Ibid* à la p 66. D'ailleurs, les codificatrices ont une vision différente de l'humaine à l'état de nature de celle mise de l'avant lors de la Révolution. Cette perception entraînera ce que l'historien Niort appelle un pessimisme anthropologique, qui se retrouvera en filigrane du Code Napoléon.

43. *Ibid* à la p 134 [italiques dans l'original].

44. *Ibid* à la 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. »

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

Au-delà de ces questions, il paraît évident que cette période met particulièrement l'accent sur la liberté et l'autonomie de l'homme⁴⁵. 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. Dit autrement, chaque « homme doit pouvoir, par sa seule volonté modifier sa situation, car il a des droits souverains sur lui-même »⁴⁶. De quelle manière pouvons-nous assurer aux personnes un mouvement à travers ces diverses classes sociales? Juridiquement, on y arrive en les plaçant au centre de la construction du droit⁴⁷ et en donnant à toutes la faculté de contracter. 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. En attribuant cette liberté aux personnes plutôt que de l'imposer statutairement, l'État leur assure une certaine autonomie, en plus d'établir 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 dans ce qu'il décide pour lui-même »⁴⁸. Pour donner tout son sens à cet axiome, il faut au préalable que les contractantes soient égales⁴⁹. À défaut, ce déséquilibre entraînerait une brèche importante dans cette construction théorique.

Nous verrons donc qu'à partir de la définition du contrat, deux des assises de l'autonomie de la volonté⁵⁰, soit la liberté (A) et la volonté (B), sont demeurées prééminentes dans nos théorisations contractuelles.

45. Ce terme est utilisé à dessein.

46. Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses universitaires de France, 1980 à la p 93.

47. Jean-François Kervégan, « From Status to Contract. Variations sur un thème trop bien connu » dans Lewkowicz et Xifaras, dir, *supra* note 8, 93 à la p 94.

48. Emmanuel Kant, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Paris, Auguste Durand, 1853 à la p 169.

49. François Collart Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? » dans Jamin et Mazeaud, dir, *supra* note 10, 225 à la p 240.

50. Malgré tous les tempéraments à ce dogme, nous retenons que l'autonomie de la volonté a inspiré et façonné notre théorie générale des contrats, et que l'on doit considérer ce fait dans le cadre d'analyse. Pour plus de détails sur l'analyse de l'autonomie de la volonté, nous renvoyons la lectrice à notre mémoire: Marc-Antoine Picotte, *Adhérer ou adhérer: essai sur la notion de contrat (par adhésion)*, Mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2019 aux pp 14 et s.

Qu'est-ce qu'un contrat? Bien que des esprits des plus brillants aient remis en question l'intérêt de définir cette notion⁵¹, nous estimons cette étape opportune afin d'asseoir les bases de notre exposé. Nous nous limiterons néanmoins à référer aux définitions édictées dans la loi et proposées par la doctrine. Sur le plan étymologique, le « mot contrat vient du latin *contractus*, lui-même dérivé de *contrahere* qui signifie rassembler, réunir, conclure » [italiques dans l'original]⁵². Quant au terme convention, il « vient du latin *conventio*, lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord » [italiques dans l'original]⁵³. Bref, contracter, c'est se mettre d'accord sur quelque chose en vue de produire des effets de droit⁵⁴. Pour sa part, le *Code civil du Québec* définit le contrat comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation »⁵⁵ afin de « crée[r] des obligations et quelquefois les modifie[r] ou les étein[dre] »⁵⁶.

Pour résumer, 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* de l'émission de la volonté. Formulé en aphorisme, le « contrat, acte volontaire et exercice d'une liberté, est en même temps une aliénation volontaire de liberté »⁵⁷. Dans les pages qui suivent, il sera question de ces deux bases sur lesquelles repose le contrat.

A. La liberté

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

51. Rouhette, *supra* note 22 à la 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 ».

52. Jacques Ghestin, « La notion de contrat » (1990) 23 Recueil Dalloz 147 à la p 148 [Ghestin, « La notion de contrat »].

53. *Ibid.*

54. *Ibid* aux pp 8–9.

55. Art 1378 CcQ.

56. Art 1433 CcQ. Notons que le *Code civil* français prescrit la définition du contrat dans sa plénitude à l'article 1101: « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

57. Jacques Ghestin, « Avant-propos » dans Jamin et Mazeaud, *supra* note 10, 1 à la p 2 [Ghestin, « Avant-propos »].

mouvement individualiste⁵⁸ avait également pour postulat que toutes les humaines sont égales (en droit). Cela revêt une importance capitale, car si elles contractent à armes égales, l'on présumera que l'accord sera juste. Lorsque les 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 (ou plutôt *devrait jaillir*) un contrat raisonnable pour toutes. Ce schème de pensée explique partiellement que des mécanismes de révision du contrat soient écartés en droit québécois⁵⁹, comme la lésion entre majeures et la théorie de l'imprévision. Toutefois, il semble évident que l'inégalité des contractantes soit plutôt la norme. En fait, il importe de souligner que l'inégalité de fait supplante largement la prétendue égalité en droit des contractantes⁶⁰.

Le contexte sociologique, économique et philosophique de l'époque durant laquelle notre droit des contrats a été édifié glorifiait à n'en point douter le libéralisme et l'individualisme (juridique)⁶¹. Certes, quoique des nuances s'imposent, il demeure que ce sont la justice contractuelle et l'ordre public 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 limité[e] que par la justice, par les bonnes

58. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2016 à la p 246.

59. Sylvio Normand, « La codification de 1866 : contexte et impact » dans Patrick H Glenn, dir, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1993, 43 aux pp 52–53.

60. Tabi Tabi, *supra* note 20 à la p 585. Voir également Ranouil, *supra* note 46 à la 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 ».

61. Pour le Code Napoléon, voir notamment Christian Larroumet et Sarah Bros, *Les obligations : le contrat*, 8^e éd, t 3, Paris, Economica, 2016 à la p 80; Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 15^e éd, Paris, LGDJ, 2016 à la p 40; Louise Rolland, « “Qui dit contractuel, dit juste.” (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons » (2006) 51 RD McGill 765 à la p 768. Pour le *Code civil du Bas-Canada*, voir notamment Normand, *supra* note 49 aux pp 44, 62; John W Cairns, « Employment in the Civil Code of Lower Canada: Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform » (1987) 32 RD McGill 673 à la p 680; Sébastien Grammond, « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé » (2010) 51:1 C de D 83 à la p 97. Pour le *Code civil du Québec*, voir notamment Pierre-Gabriel Jobin, « La modernité du droit commun des contrats dans le *Code civil du Québec* : quelle modernité? » (2000) 52:1 RIDC 49 aux pp 56, 74. Le professeur Jobin parle certes d'une tentative d'équilibre entre la justice contractuelle et le libéralisme économique et l'autonomie de la volonté, mais conclut tout de même ainsi : « En 1991, le vent du néolibéralisme s'était levé au Québec, comme ailleurs au Canada ».

mœurs, par l'utilité publique»⁶². 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 personnes de forger leur propre idéal⁶³. 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 liberté »⁶⁴.

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 affranchit »⁶⁵. Cet aphorisme met en exergue le fait que la liberté est mésusée par la classe 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 économique »⁶⁶. 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.

62. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Bordeaux, Confluences, 2004 à la p 57. Bien entendu, nous n'affirmons pas que Portalis a transposé directement son raisonnement dans un article précis ni qu'il n'a été le seul à participer à la codification, mais force est d'admettre que sa pensée est éclairante pour saisir plus globalement celle des *codificatrices*.

63. Demogue, *supra* note 9 aux pp 143–44 : Demogue est d'avis que la liberté renvoie à un idéal personnel et individuel, lequel peut mener à des inégalités absolues — et abjectes, ajouterions-nous dans la même veine. Nous pouvons donc déduire de ses écrits que si l'idéal est collectif, l'égalité prend une place beaucoup plus importante.

64. *Ibid* à la p 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.

65. 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 fassent référence à ce type de loi. Néanmoins, réitérons que c'est souvent l'interprétation de l'idée qui imprègne les esprits plutôt que l'idée elle-même.

66. Georges Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 1973 à la p 16.

1. La liberté contractuelle et ses restrictions

De nos jours, la liberté contractuelle est consacrée à l'article 9⁶⁷ du *Code civil du Québec*⁶⁸. La législation ne pose 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 — et qui peuvent conséquemment être écartés par la volonté des contractantes —, il devient évident que la législatrice tient le principe de liberté en haute estime. Une réflexion quant aux tempéraments apportés aux trois caractéristiques sous-jacentes à la liberté contractuelle⁶⁹ a d'ailleurs récemment été exposée dans un article⁷⁰. Cela dit, malgré toutes ces atténuations formulées au fil des ans, les législatrices persistent et signent : la liberté contractuelle est un principe phare du droit des contrats⁷¹. Au Québec, la doctrine lui attribue encore le titre de principe « directeur »⁷² et « dominant »⁷³. Cela va de soi, la liberté contractuelle justifie en amont le fait que toute personne peut contracter, et constitue la composante juridique du modèle économique ambiant⁷⁴. Pour reprendre les termes d'un auteur : la liberté est « la pierre angulaire de tout l'édifice »⁷⁵. En

67. « 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 ».

68. Et à l'article 1102 du *Code civil* français :

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.

69. C'est-à-dire avoir le choix de contracter ou non (1), avec la cocontractante de son choix (2) et de déterminer le contenu ou la forme du contrat (3).

70. André Bélanger et Marc-Antoine Picotte, « Contrats entre non-présents et absence des contractants : y a-t-il une indifférence des juristes au changement de paradigme? » dans Nathalie Vézina, Pascal Fréchette et Louise Bernier, dir, *Mélanges Robert P Kouri: l'humain au cœur du droit*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2022, 199 à la p 205.

71. Bénabent, *supra* note 61 à la p 41. En France, on lui octroie la valeur de principe constitutionnel, 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 (art 1103) et de la bonne foi (art 1104).

72. Pierre-Claude Lafond, « *Caveat venditor!* Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur » (2013) 47:1 RJTUM 9 aux pp 15, 21.

73. Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 28 à la p 148.

74. Friedrich Kessler, « Contracts of Adhesion — Some Thoughts About Freedom of Contract » (1943) 43 Colum L Rev 629 à la p 640.

75. Jean-François Kervégan, *supra* note 47 à la p 95 :

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

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.

L'on dit du contrat qu'il « est une renonciation volontaire à la liberté individuelle »⁷⁶. De fait, en contractant, les parties bénéficient certes d'une prestation, mais se voient chargées d'une obligation. À titre d'exemple, la bailleuse s'enrichit du loyer, mais doit en contrepartie fournir la pleine jouissance des lieux. 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 personnelles. 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 compromissaire empêche les parties de saisir les tribunaux, alors que 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" »⁷⁷. De même, selon deux philosophes, le fait de contracter signifie à la fois se priver de la faculté d'action et réaménager les contraintes⁷⁸. Lorsqu'elles contractent, les citoyennes adaptent volontairement leurs contraintes parce qu'elles sont libres de le faire. Dans ce même ordre d'idées, si les contractantes acceptent

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 » [italiques dans l'original].

76. Maurice Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009 à la p 56.

77. Jacques Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats » (1981) 26 *Archives philosophie dr* 35 à la p 47 [Ghestin, « L'utile et le juste »].

78. Emmanuel Picavet et Caroline Guibet Lafaye, « Les limites du droit de contracter » dans Lewkowicz et Xifaras, dir, *supra* note 8, 135 à la p 137.

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 prétendument rationnel de se priver de liberté afin d'en tirer un bénéfice — c'est-à-dire la prestation de l'autre partie. Comme le soulignent les professeurs Lluellas 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-même »⁷⁹.

Et donc, c'est parce qu'on est libre qu'on peut contracter, mais c'est parce que l'on contracte que l'on porte atteinte à cette même liberté⁸⁰. Pour reprendre les termes de Rouhette, « le contrat est le mode d'expression de la liberté [...] un style de vie »⁸¹.

B. 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*

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 moelle, 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, inconcevable⁸².

79. Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2018 à la p 64.

80. Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 28 à la p 133.

81. Rouhette, *supra* note 22 à la p 24.

82. *Ibid* à la p 349.

Cette citation de Rouhette doit évidemment être nuancée, particulièrement lorsqu'on analyse les conclusions de sa thèse⁸³. 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 du libéralisme économique et de la philosophie individualiste que la volonté a réussi à prendre une telle place au sein du droit des contrats⁸⁴. 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 sociales »⁸⁵. 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 *synallagma*⁸⁶. 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" »⁸⁷. Cette analyse permet de constater que seulement son ascendant et son influence ont varié en fonction des époques, quoique la volonté soit toujours demeurée présente dans la grille d'analyse contractuelle.

Quant aux raisons expliquant ces variations dans le temps, elles sont aussi nombreuses que les autrices qui s'aventurent sur ce terrain. Du lot, quelques propositions ressortent. D'aucunes prétendent que la religion a eu un effet certain sur l'octroi d'une telle place à la volonté

83. La volonté, à titre d'élément constitutif du contrat, est généralement admise en doctrine. Toutefois, certaines personnes 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 *ibid* aux pp 635–38.

84. Larroumet et Bros, *supra* note 61 à la p 78.

85. Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Université de Dijon, 1912 à la p 399.

86. Rouhette, *supra* note 22 à la p 88.

87. *Ibid* à la p 306.

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 contrat »⁸⁸. Cela s'explique par le fait que le droit canonique aurait permis que l'accord de volontés suffise à créer l'obligation à lui seul⁸⁹. Soulignons d'ailleurs que les *codificatrices* ne craignaient pas de manifester des opinions religieuses lors de la rédaction du Code Napoléon⁹⁰. À cet effet, les valeurs véhiculées par le christianisme 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 jurée »⁹¹.

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 volonté y atteindrait l'apogée grâce à des philosophes de la modernité, qui proclament la volonté individuelle comme unique source du droit⁹², ainsi qu'à l'esprit révolutionnaire français⁹³. Selon le professeur Ghestin, « au-delà de la technique juridique, le contrat exprime une véritable idéologie volontariste des relations humaines »⁹⁴. Dans ces circonstances, si la volonté est prédominante dans la vie de tous les jours, elle le sera, de toute évidence, en droit des contrats⁹⁵. 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 volonté⁹⁶. À vrai dire, la vaste

88. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 58 à la p 227. Voir également Ripert, *supra* note 2 à la p 37.

89. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 58 à la p 227.

90. Niort, *supra* note 35 à la p 92.

91. Rolland, *supra* note 61 à la p 768.

92. Gounot, *supra* note 85 à la p 54.

93. Rolland, *supra* note 61 à la p 768.

94. Ghestin, « La notion de contrat », *supra* note 52 à la p 149.

95. Paul-André Crépeau, « La fonction du droit des obligations » (1998) 43 RD McGill 729 à la p 732 : « Le droit des obligations, c'est, en effet, la vie de tous les jours mise en équation juridique ».

96. Larroumet et Bros, *supra* note 61 à la p 76.

majorité des contemporaines s'entendent sur la définition du contrat recelant le caractère volitionnel⁹⁷.

1. *Qu'est-ce que la volonté?*

Certaines distinguent la volonté interne et la volonté exprimée. Selon la professeure Fabre-Magnan, le droit français — et, par extension, le droit québécois — mettent 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 interne⁹⁸. D'autres différencient la volonté psychologique de la volonté juridique. La volonté psychologique serait les paroles échangées, alors que la volonté juridique serait les stipulations arrêtées⁹⁹.

97. 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 » : Luelles et Moore, *supra* note 79 à la 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 » : Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 28 à la 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 obligations » : Vincent Karim, *Les obligations*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 à la p 224; « Le contrat est donc une rencontre de deux ou plusieurs volontés en vue de réaliser certains effets de droit » : Tancelin, *supra* note 76 à la p 54; « Le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent. Le *Code civil du Bas Canada* et, dans une certaine mesure, le *Code civil du Québec* ont repris ces principes » : Frédéric Levesque, *Précis de droit québécois des obligations — Contrat, responsabilité, exécution et extinction*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 au para 39; « D'autre part, le contrat correspond à un accord de volontés des contractants » : Larroumet et Bros, *supra* note 61 à la p 77; « Selon l'analyse classique, le cœur du contrat est l'accord de volontés, qui en détermine la teneur » : Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 58 à la p 263; « Parmi toutes les sources d'obligations, le contrat est un engagement volontaire, librement souscrit par les parties » : Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2016 à la p 169. 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 juristes. Voir à cet effet Olivier Favreau, « Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie », dans Jamin, dir, *supra* note 31, 21 à la p 24.

98. Fabre-Magnan, *supra* note 97 à la p 330. Il est à noter que ces assertions sont fortement nuancées par Rieg : Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, LGDJ, 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.

99. Luis Castro, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat » (1968) 13 *Archives philosophie* dir 51 à la p 53.

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 volonté »¹⁰⁰. La volonté serait un signe de puissance, de domination et de force, alors que le consentement, en droit des contrats, en serait un de capitulation, de soumission et de faiblesse¹⁰¹. En d'autres mots, la liberté — donc, la volonté — serait dans le « non », alors que le consentement serait dans le « oui »¹⁰². 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 objectif »¹⁰³. La volonté n'est pas non plus la négociation; cette dernière n'est pas « une condition d'existence ni une condition de validité du contrat »¹⁰⁴. 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 essence¹⁰⁵. En contrepartie, l'absence de négociations n'exclut pas le sceau contractuel.

Par ailleurs, 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 pour autant être *l'unique* rôle¹⁰⁶. Mais comment peut-on justifier que la volonté ait un tel pouvoir créateur d'obligations? Il semble y avoir un consensus sur le fait que la volonté ne serait qu'un pouvoir que la loi délègue aux personnes. 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 souveraines¹⁰⁷. C'est ainsi que le professeur

100. Marie-Anne Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats » (1995) 3 RTD civ 573 au para 2.

101. *Ibid.*

102. *Ibid.*

103. Fabre-Magnan, *supra* note 97 à la p 170.

104. *Ibid* à la p 257.

105. Ghestin, « La notion de contrat », *supra* note 52 à la p 155.

106. André Bélanger, « Les théories du contrat en droit civil: panorama épistémologique » dans Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde, dir, *Approches et fondements du droit: branches du droit et concepts juridiques*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2019, 267 à la p 272.

107. Ghestin, « La notion de contrat », *supra* note 52 à la p 152.

Ghestin soutient que les « volontés des parties se bornent à exercer un pouvoir “délégué” »¹⁰⁸. 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 doit toujours avoir préséance sur les conventions privées. Le contraire serait d’admettre que les volontés particulières — donc privées — priment la volonté générale¹⁰⁹. Le fait de placer la volonté générale — donc la 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 que l’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 juridique »¹¹⁰. 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 objectif »¹¹¹. 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 moyens »¹¹². C’est parce que la volonté est conforme à la justice et au bien commun que le contrat acquerra force obligatoire¹¹³. 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’accomplisse¹¹⁴. Pour conclure ce

108. Ghestin, « Avant-propos », *supra* note 57 à la p 1.

109. Portalis, *supra* note 62 à la p 91.

110. Gounot, *supra* note 85 à la p 340.

111. Ghestin, « La notion de contrat », *supra* note 52 à la p 164.

112. Gounot, *supra* note 85 à la p 450.

113. *Ibid* à la p 378.

114. *Ibid* à la 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!* » [italiques dans l’original]. Ces phrases ressemblent drôlement à une prière chrétienne bien connue. En effet, comme l’a brillamment soulevé la professeure

point, il ne suffit que de réitérer 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” »¹¹⁵.

C. Conclusion de la première partie

En conclusion, la formation du contrat n’est pas sans conséquences; 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 ensuite, le cas échéant, les règles relatives aux contrats nommés. Bien plus que la technique contractuelle et les valeurs d’une société donnée, l’action de contracter entraîne une privation de liberté, elle-même notion centrale de nos sociétés démocratiques. La contractante souscrira nécessairement à des obligations qui limiteront son libre arbitre. Au sein de sociétés où la liberté est focale à ce point, 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 ou factice. La volonté manifestée d’une personne libre permet de justifier la privation de liberté et l’application des règles relatives au contrat.

Rolland, Gounot s’avère être un catholique convaincu. D’ailleurs, sa thèse serait teintée 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 XX^e 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 [italiques dans l’original].

Rolland, *supra* note 61 à la p 779.

115. Saleilles, *supra* note 15 à la p 351.

Au surplus, c'est une culture et tout un système de valeurs qui se retrouvent en filigrane lorsqu'on contracte¹¹⁶. 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 du statut social ou familial¹¹⁷.

Dans la prochaine section, nous verrons qu'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, les législatrices pourraient contrôler les clauses à contenu imposé des contrats par adhésion.

II. LE CONTRAT PAR ADHÉSION

Cette première partie aura permis d'asseoir les fondamentaux du contrat. Dans la mesure où le corps législatif a tranché, aux articles 1378 et 1379 du *Code civil du Québec*, que le contrat par adhésion est un contrat, l'objet du présent article est d'examiner la conformité de cet acte auxdits principes fondamentaux. En effet, si cette question a fait couler beaucoup d'encre par le passé¹¹⁸, il semble que cette qualification soit désormais tenue pour acquise. Comme nous le verrons, les critiques de la qualification contractuelle provenaient principalement de publicistes. Or, nous semble-t-il, les privatistes ont tout intérêt à aborder de telles questions¹¹⁹, sans pour autant faire sortir cet acte du giron du droit privé.

Pour les tenants de la thèse anticontractuelle, le fait qu'une stipulante rédige unilatéralement une offre et l'adresse non pas à une personne, 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 collective¹²⁰ 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

116. Fabre-Magnan, *supra* note 97 aux pp 135 et s.

117. *Ibid.*

118. En ce qui a trait à la nature du contrat par adhésion, des autrices n'iaient son caractère contractuel en l'associant plutôt à «un acte unilatéral de nature réglementaire». Voir notamment Popovici, *supra* note 14 à la p 174.

119. Belley, *supra* note 24.

120. Dereux, *supra* note 16 à la p 508.

de rechercher la commune intention des parties dans le cadre de l'interprétation du « contrat » en cause, car une seule partie l'a rédigé¹²¹. Des publicistes ont également soutenu que les contrats par adhésion sont le reflet des *statuts*¹²² des parties.

De l'autre côté, les partisans de la thèse contractuelle arguaient que l'adhésion au *statut* proposé par la stipulante est le reflet de la volonté. Soulignons qu'au-delà du fait que volonté ne signifie pas négociation, rien n'empêche *a priori* une partie d'indiquer à l'avance qu'elle refusera toute contre-offre ultérieure¹²³. 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 contractuelle » [italiques dans l'original]¹²⁴. Les propositions 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 l'opération »¹²⁵. D'ailleurs, la doctrine, dans son immense majorité selon le professeur Revet, a reconnu le caractère contractuel au contrat par adhésion¹²⁶. C'est ainsi que les législatrices y ont donné leur aval, et que l'on retrouve des définitions du contrat par adhésion dans une multitude de codes civils.

a. La définition du contrat par adhésion

Le *Code civil du Québec* édicte, à l'article 1379, que « [l]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

121. 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 générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité [à laquelle] elles s'adressent. Saleilles, *supra* note 15 à la p 230.

122. Philippe Nordmann, *Le contrat d'adhésion : abus et remèdes*, Thèse, Université de Lausanne, 1974 à la p 15.

123. *Ibid* à la p 16.

124. Thierry Revet, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil » (2016) 30 *Recueil Dalloz* 1771 à la p 1772.

125. Popovici, « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé? », *supra* note 14 à la p 174.

126. Revet, *supra* note 124.

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 espèces¹²⁷ de contrats afin d'illustrer leur qualification. Par exemple, on opposera le contrat par adhésion au contrat de gré à gré¹²⁸, le contrat synallagmatique à celui unilatéral¹²⁹, le contrat à titre onéreux à celui à titre gratuit¹³⁰, le contrat commutatif à celui aléatoire¹³¹, le contrat à exécution instantanée à celui à exécution successive¹³², etc.

De toutes ces espèces, l'opposition qui semble la plus saugrenue est celle entre le contrat par adhésion et le contrat de gré à gré :

L'expression contrat de gré à gré est un *pléonasm*e (redondance, tautologie) en regard de la définition classique du contrat, 1378 CcQ puisqu'il n'y a pas de contrat sans accord de volonté, en dehors d'une *commune* intention des parties, 1425 CcQ. 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 CcQ, où les parties acceptent le statut matrimonial et partiellement patrimonial édicté par la loi, qu'à celle de la convention mat[r]imoniale traitant des aspects patrimoniaux de l'institution laissés à l'initiative des parties, 431 CcQ. 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,

127. L'expression est reprise du cinquième livre, titre premier, chapitre deuxième, section II du *Code civil du Québec*.

128. Art 1379 CcQ.

129. Art 1380 CcQ.

130. Art 1381 CcQ.

131. Art 1382 CcQ.

132. Art 1383 CcQ.

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 globalisation¹³³ [italiques dans l'original].

Quoi qu'il en soit, la majorité des contrats conclus quotidiennement répond aux critères du contrat par adhésion. Il en est ainsi pour la plupart des contrats de consommation¹³⁴. 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 adhésion¹³⁵. Il est effectivement rare que les stipulations essentielles ne soient pas imposées, et que la partie 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 commerce en ligne¹³⁶.

133. Tancelin, *supra* note 76 à la p 84. Pour clore la pensée du professeur Tancelin, voici comment nous résumions sa judicieuse tirade :

Selon Maurice Tancelin, si la définition du contrat de gré à gré est à ce point escamotée dans le Code civil — en nous renvoyant à la définition du contrat par adhésion —, c'est en raison du fait qu'elle ne serait pas une *espèce* de contrat, mais plutôt *le* contrat. Il souligne au passage l'incohérence de la définition du contrat par adhésion lorsqu'on l'accole à la définition même du contrat : « Un "accord de volonté", 1378 CcQ, dont "les stipulations essentielles [...] ont été imposées", 1379 CcQ, y voyant « une licence législative de l'ordre de la fiction ». [italiques dans l'original].

Bélanger et Picotte, *supra* note 70 à la p 208. Enfin, pour une analyse sommaire du droit posé en la matière, nous renvoyons la lectrice à Picotte, *supra* note 50 aux pp 41 et s.

134. Le professeur Lafond évalue que 95 % des contrats de consommation sont en fait des contrats par adhésion : Lafond, *supra* note 72 à la p 18.

135. Popovici, *supra* note 14 à la p 167.

136. Bélanger et Picotte, *supra* note 70 à la p 208 :

Comme il a été souligné, « 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'adhésion ». Non seulement Internet a pour effet de « favoriser l'émergence » de nouveaux types de contrats par adhésion, mais il va de soi, de surcroît, que pratiquement tout contrat qui y est conclu 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 décisionnel.

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

Le contrat par adhésion a, en règle générale, pour condition préalable l'absence de négociation. Dans ces circonstances, une des deux parties doit nécessairement avoir prérédigé ou préétabli le contrat — *l'instrumentum*, pour être plus précis. Bien qu'il soit possible que le contrat par adhésion mette en relation deux parties de force comparable¹³⁷, 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'adhésion »¹³⁸. Il existe une kyrielle de raisons expliquant cette inégalité entre les cocontractantes. D'abord, la rédaction unilatérale met elle-même en lumière le déséquilibre inhérent à la « relation contractuelle »¹³⁹. De surcroît, la stipulante, contrairement à l'adhérente au moment d'y adhérer, se fait conseiller par de redoutables professionnelles dans la rédaction de *l'instrumentum*. C'est donc dire qu'avant même la formation du lien contractuel, la stipulante bénéficie d'une forte longueur d'avance sur l'adhérente. Malgré cela, le professeur Moore 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'Einstein »¹⁴⁰. Peu importe le niveau de

Il lançait la boutade suivante: « Autant vaudrait discuter avec des phonographes ». Ne nous reste désormais qu'à imaginer discuter ou négocier avec le Web ou un *chatbot*...

137. Brigitte Lefebvre, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 R du N 439 à la p 446.

138. Lluelles et Moore, *supra* note 79 à la p 109.

139. Bélanger et Picotte, *supra* note 70 à la p 209:

Ajoutons que le stipulant compte la plupart du temps sur des avocats chevronnés pour la composition des conditions générales et tire profit d'une expérience qui, contrairement à l'adhérent, lui permet de modifier ses clauses au gré des embûches rencontrées, en plus de lui faire réaliser la portée des clauses proposées. Par la répétition de l'acte ainsi que par l'uniformisation et l'indifférenciation des clauses, le stipulant acquiert le statut de professionnel de cette « relation » contractuelle. L'unilatéralité permet aussi d'établir « les limites de sa prestation et de réaliser les implications des clauses qu'il rédige à son avantage », ce qui accorde une forte longueur d'avance au stipulant avant même la formation du lien contractuel.

140. Benoît Moore, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois » (1994) 28:1 RJT 177 à la p 216 [Moore, « À la recherche d'une règle générale »]. Qui plus est, le professeur Gautrais mentionnait qu'il se plaisait « 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 massive »: Vincent Gautrais, « Protégeons le consommateur numérique! » dans Pierre-Claude Lafond et Vincent Gautrais, dir, *Le consommateur numérique: une protection à la hauteur de la confiance?*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2016, 3, à la p 7.

complexité des conditions générales, le contrat par adhésion serait malgré tout *liberté et volonté*.

La rédaction unilatérale de la stipulante combinée à l'inexpérience et à 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 reconues 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 responsabilité¹⁴¹.

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

D'un côté, nous voyons de simples particuliers, souvent peu entendus aux affaires, souvent « besoinneux », 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 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[s] États¹⁴².

141. Tabi Tabi, *supra* note 20 à la p 600.

142. Dereux, *supra* note 16 à la p 514. Voir également Gounot, *supra* note 85 à la 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 ».

De cet état de fait, découle, notamment, l'incitation à introduire des clauses abusives dans les contrats par adhésion. Quoiqu'on puisse croire que ces clauses engendreraient une contrepartie appréciable pour l'adhérente, telle la diminution du coût exigé pour le bien ou le service, la réalité en va autrement. Effectivement, l'adhérente pourrait s'attendre à une réduction du prix pour compenser l'insertion de clauses léonines dans le contrat par adhésion, mais il n'en est rien. Le sens commun veut qu'en insérant des clauses disproportionnées, la stipulante contrôle le risque de la relation contractuelle, ce qui entraînerait par le fait même une compression des prix corrélative à ce risque¹⁴³. 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 prix¹⁴⁴. Dit autrement, les clauses léonines des contrats par adhésion ne se traduisent pas par un prix moindre pour l'adhérente, mais par un accroissement des profits pour la stipulante.

c. *Le contrat par adhésion par utilité*

Malgré toutes les tares préalablement citées, si le contrat par adhésion a obtenu l'aval des actrices juridiques, c'est certainement en raison 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 artisanal »¹⁴⁵. Ces actes permettent à la stipulante d'engranger plus de profits, et aux deux parties de gagner en rapidité. L'essor de ces « relations contractuelles » s'explique par « la division du travail, puisque celle-ci n'est pas possible sans l'échange dont le contrat est la forme juridique »¹⁴⁶. À vrai dire, il y a là une nécessité, car suivant cette réalité de division du travail, les personnes sont *obligées* de contracter afin de se procurer

143. Nordmann, *supra* note 122 à la p 48.

144. *Ibid.*

145. Tancelin, *supra* note 76 à la p 83.

146. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 2013, à la p 374.

les biens ou les services en dehors de leur champ d'activité¹⁴⁷. Comme l'indique Gounot, il s'agit d'un 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 rare¹⁴⁸.

Pour reprendre les termes de Georges 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'uniformisation¹⁴⁹.

C'est ainsi que la société industrielle entraîne une division du travail, qui à son tour, donne lieu à des échanges nécessaires à la vie en société, qui eux, ont pour effet d'accroître le nombre de « contrats ». Cet accroissement va de pair avec une uniformisation. Dit autrement, le « *stereotyped contract of today reflects the impersonality of the market* »¹⁵⁰.

C'est pourquoi c'est « l'utilité sociale qui, dans les actes par adhésion, permet à une volonté unilatérale de produire un effet bilatéral »¹⁵¹. Comme le soulignait le professeur Popovici, si toutes les contractantes négociaient leurs conditions au guichet de la gare, le train ne partirait

147. Demogue, *supra* note 9 à la p 69. Voir également Gounot, *supra* note 85 à la 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-même ». Voir aussi Crépeau, *supra* note 96 à la p 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.

148. Gounot, *supra* note 85 à la p 40.

149. Berlioz, *supra* note 66 à la p 18.

150. Kessler, *supra* note 74 à la p 631.

151. Dereux, *supra* note 16 à la p 523.

jamais et les sociétés feraient faillite¹⁵². Cela énoncé, il y a lieu de se demander jusqu'où sommes-nous prêtes à accepter que l'utilité et l'économisme priment l'équité et la justice.

A. La liberté et la volonté dans le contrat par adhésion

Au-delà de son utilité, il demeure qu'une partie considérable du contrat par adhésion se trouve en inadéquation avec la notion de contrat. Cette « partie considérable » sera plus amplement détaillée dans la prochaine section, mais nous nous permettons de souligner qu'en règle générale, les clauses qui font naître une relation de créancière et de débitrice — le contenu obligationnel du contrat¹⁵³ — 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 patrimoines¹⁵⁴. Cette créance tire sa source soit d'un engagement d'ordre moral telle la donation, soit du fait que la débitrice a déjà reçu une prestation de la créancière, ou encore bénéficie d'une créance symétrique envers l'autre partie¹⁵⁵. Il importerait, « dans le contrat, au regard du droit objectif [...] que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne »¹⁵⁶. Ces clauses obligationnelles sont donc en adéquation avec les assises du contrat, et il n'y a de ce fait pas lieu de remettre en question le sceau contractuel à l'égard de ces clauses.

Il en va autrement des clauses normatives, non obligationnelles ou, plus concrètement, des conditions générales. 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 générales »¹⁵⁷. 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

152. Popovici, *supra* note 14 à la p 170.

153. Collart Dutilleul, *supra* note 49 à la p 231.

154. Ghestin, « L'utile et le juste », *supra* note 77 à la p 47.

155. *Ibid.*

156. *Ibid* à la p 48.

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

supporter à l'adhérente tous les risques inhérents prévus au contrat¹⁵⁸. Au surplus, « 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'impartialité »¹⁵⁹. Partant, le lectorat devra tenir pour acquis que nous renvoyons aux *clauses à contenu imposé* lorsqu'il sera question de la disconvenance entre les assises du contrat et le contrat par adhésion.

Ces observations 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 langage¹⁶⁰? 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 civile¹⁶¹? 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

158. Nordmann, *supra* note 122 à la p 30.

159. *Ibid.*

160. Rouhette, *supra* note 22 à la p 7. Voir également à la page 9 :

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

161. Henri Mazeaud, « L'«absorption» des règles juridiques par le principe de responsabilité civile » (1935) DH 5.

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 inquisition¹⁶².

Dans cet extrait, Portalis confie que l'une des idées générales du Code Napoléon est de laisser aux personnes 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 législatrice n'interviendra pas en toute matière, et que les justiciables ont l'obligation « d'user de leur raison ». Voilà le résumé de l'idéologie qui n'est pas sans rappeler les enseignements d'Aristote¹⁶³. Cela paraît tout à fait raisonnable 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 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 preniez, 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

162. Portalis, *supra* note 62 aux pp 61–62.

163. Chénéde, *supra* note 157 à la p 171 :

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 Chénéde 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 ».

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 [...] 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 pas un simple désaccord sur des clauses accessoires qui peut permettre de l'annuler¹⁶⁴.

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 si la société concurrente, si tant est qu'elle existe, 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 démocratiques contemporaines. Alors, comparons maintenant les assises du contrat et la notion de contrat par adhésion.

1. *La liberté dans le contrat par adhésion*

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 cocontractante¹⁶⁵. Il souligne que l'égalité, qu'il qualifie d'impératif 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.¹⁶⁶. Cette liberté contractuelle se décline en trois choix, soit celui de contracter, celui ayant trait à sa

164. Dereux, *supra* note 16 à la p 517.

165. Collart Dutilleul, *supra* note 49 à la p 240.

166. *Ibid.*

cocontractante, et celui de déterminer le contenu ou la forme du contrat. 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 — quoique ces libertés existent potentiellement sur le plan théorique.

La première liberté du triptyque 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 inéluctable¹⁶⁷. Même en écartant la 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 quant à leurs besoins primaires et essentiels. Pourtant, n'est-ce pas là la démonstration patente qu'à l'intérieur de nos sociétés — c'est-à-dire sans y vivre en marge —, le fait de contracter est inexorable?

Qu'en est-il des contrats de consommation qui se forment généralement par adhésion? Selon le professeur Lafond, 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 à

167. Ripert, *supra* note 2 à la 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.

Dans la même veine, voir Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p 32 :

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 statut?

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 consommateur¹⁶⁸?

Comment pouvons-nous soutenir qu'il existe un véritable choix pour l'adhérente lorsque celui-ci est conditionné?

Le deuxième élément constitutif de la liberté contractuelle est la faculté de choisir sa cocontractante. 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 — naturelle ou artificielle —, ou bien toutes les sociétés concurrentes imposent les mêmes clauses¹⁶⁹. Afin d'illustrer ce défaut de concurrence, le professeur Moore y allait de la boutade suivante : « Rarement entend-on : Venez acheter chez-moi, mes clauses pénales sont moins onéreuses, et la résiliation est souple... »¹⁷⁰. C'est également la conclusion tirée par Philippe Nordmann : « Les mécanismes de la concurrence, loin d'éliminer les clauses dangereuses, aboutissent souvent à en étendre et généraliser l'usage »¹⁷¹. Il est juste d'ajouter 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 suscite un sentiment rassurant chez l'adhérente¹⁷².

168. Lafond, *supra* note 72 à la p 18.

169. Kessler, *supra* note 74 à la p 632.

170. Benoît Moore, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle » dans Françoise Maniet, dir, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : actes du colloque du 14 et 15 mars 2005*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2005, 113 à la p 124 [Moore, « La réforme du droit de la consommation »].

171. Nordmann, *supra* note 122 à la p 53. Il s'appuie notamment 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 inéquitables à l'adhérent.

172. Moore, « La réforme du droit de la consommation », *supra* note 170 à la p 124 : « Le contrat de masse, a écrit le doyen Carbonnier, a quelque chose de sociologiquement rassurant : si tout le monde le fait, pour quoi pas moi ».

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 dans le 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 dans le contrat de chacune des stipulantes qui vend au détail, et ce, même si elle n'est pas en situation de monopole¹⁷³. À l'évidence, ces affirmations sont d'autant plus vraies lorsqu'on est en présence d'un marché monopolistique, oligopolistique ou d'un cartel. Néanmoins, la restriction « naturelle » de choix que créent les contrats par adhésion n'est pas l'apanage de ces marchés.

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.

Contrairement à ce que soutient un professeur¹⁷⁴, l'absence du pouvoir de déterminer le contenu est pour le moins insatisfaisant. De fait, non seulement est-ce insatisfaisant, 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 égoïstes »¹⁷⁵.

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 (contractuelle). Au demeurant, la doctrine parle de liberté apparente¹⁷⁶, de liberté

173. Popovici, *supra* note 14 à la p 171.

174. Ghestin, « La notion de contrat », *supra* note 52 à la p 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 [italiques dans l'original].

175. Berlioz, *supra* note 66 à la p 16.

176. *Ibid* à la p 17.

unilatérale¹⁷⁷ et de liberté *imposée*¹⁷⁸. En d'autres termes qui ne sont pas sans rappeler ceux d'Orwell, si la société proclame la liberté, et les législatrices la liberté contractuelle, certaines sont plus libres que d'autres¹⁷⁹.

2. La volonté dans le contrat par adhésion

La seconde pierre angulaire de la notion de contrat soumise à l'analyse 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 de l'une des cocontractantes? S'il ne fait pas de doute que les « stipulations essentielles » ou les clauses obligationnelles sont, la plupart du temps, voulues par l'adhérente, il en va autrement des *clauses à contenu imposé*¹⁸⁰. C'est dans le contenu de ces clauses que l'on

177. Denis Mazeaud, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? » dans Jamin et Mazeaud, dir, *supra* note 10, 135 à la p 136.

178. Lafond, *supra* note 72 à la p 17.

179. Kessler, *supra* note 74 aux p 640–641 :

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 [...]. Thus the return back from contract to status which we experience today was greatly facilitated by the fact that the belief in freedom of contract has remained one of the firmest axioms in the whole fabric of the social philosophy of our culture.

D'ailleurs, Kessler n'est pas le premier auteur à évoquer un retour vers le statut et la féodalité. À cet effet, voir Mélanie Plouviez, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim » dans Lewkowiz et Xifaras, dir, *supra* note 8, 69 à la p 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 Alain Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale » dans Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez, dir, *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, 19 à la p 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 ».

180. Parmi ces clauses, notons une liste non exhaustive de celles ayant été analysées par la jurisprudence et recensées par la professeure Lefebvre, *supra* note 137 : les clauses qui dénature le contrat (à la p 465); d'exonération de responsabilité (à la p 466); d'exonération de garantie (à la p 466); de résiliation de contrat (à la p 467); diverses clauses dans les contrats de travail (à la p 467); de non-concurrence (à la p 468); de paiement d'intérêts (à la p 468); d'élection de for (à la p 469); d'hypothèque mobilière dans un bail commercial (à la p 469); de réserve de discrétion pour le créancier d'une obligation (à la p 469); d'exclusivité (à la p 469); et de parrainage (à la

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 ». Le contrat libre est l'instrument, non pas d'une égalisation des volontés, mais d'une imposition des volontés socialement plus fortes¹⁸¹.

En sus du déséquilibre économique, le professeur Lafond ajoute que « les études menées par des associations de consommateurs confirment l'illitéracie (illettrisme juridique) du public visé, sans oublier le taux élevé (près de 40 %) d'analphabétisme intégral ou fonctionnel de la population en général »¹⁸². 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 réellement et concrètement *voulues*.

Georges 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 contrat¹⁸³. Selon lui,

[d]ans 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, les mécanismes d'équilibrage des forces tels

p 469). Il sera aussi intéressant d'observer la tangente que prendront les clauses de non-juridicité: Jean-Guy Belley, « Les "obligations ajuridiques": des oubliées du Code civil? » dans Caron et al, dir, *supra* note 3, 143 à la p 150.

181. Plouviez, *supra* note 179 à la p 78.

182. Lafond, *supra* note 72 à la p 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.

183. Berlioz, *supra* note 66 au para 63.

que les syndicats ou les associations, introduisent des contre-poids à un niveau collectif, ils ne restaurent pas la volonté individuelle¹⁸⁴.

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 contrat »¹⁸⁵. Quant à lui, Ripert n'hésite 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 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 [...] Volonté si l'on veut, mais volonté faible; c'est assez d'après le droit civil pour qu'elle soit viciée¹⁸⁶.

Ainsi, si la professeure Frison-Roche précisait que le consentement est un acte de capitulation, de soumission et de faiblesse¹⁸⁷, il y a lieu de croire que l'adhésion en serait un d'aliénation, de sujétion et de servage. Pour le professeur Ghestin, la « question est de savoir à quel degré de participation volontaire il est juste et utile de subordonner la soumission d'une personne à des obligations qu'elle n'a pas directement assumées »¹⁸⁸. 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 trope¹⁸⁹? Qu'il existe

184. *Ibid* à la p 174.

185. Lafond, *supra* note 72 à la p 18. Voir également Marie Annick Grégoire, « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité » dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore, dir, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2010, 19 à la p 30.

186. Ripert, *supra* note 2 à la p 99.

187. Frison-Roche, *supra* note 100 au para 2.

188. Ghestin, « La notion de contrat », *supra* note 52 à la p 154.

189. Bélanger, « Le temps contractuel », *supra* note 3, à la p 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.

un déclin de la volonté individuelle¹⁹⁰? Au contraire, la volonté individuelle n'a jamais été aussi prééminente dans le contrat par adhésion¹⁹¹. 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 contrat d'adhésion, il y a une part de volonté qui intervient dans la détermination du contenu contractuel, elle est infime »¹⁹².

B. L'hybridité de l'acte

Plusieurs législations romano-germaniques ont adopté, dans leur code civil, des définitions et un régime propre au contrat par adhésion ou aux conditions générales¹⁹³. Moutl 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'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne 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 explicitement¹⁹⁴. Inversement, il serait tout aussi spécieux d'épouser une position totalement contractuelle; ce serait

190. Berlioz, *supra* note 66 à la p 8.

191. Bélanger et Picotte, *supra* note 70 aux pp 210–211.

Par l'entremise des contrats par adhésion, on en est venu à avaliser, à entériner et à sanctifier la volonté unilatérale. Un auteur 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 conditions ». 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'action. 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 clauses issues exclusivement de la volonté du stipulant. Il s'agit néanmoins d'un changement de paradigme du fait qu'il n'y a plus *accord, succession ou mariage* des volontés, mais plutôt *imposition* de l'une d'entre elles [italiques dans l'original].

192. Berlioz, *supra* note 66 à la p 174.

193. Voir, à titre d'exemple — et en plus des législations déjà mentionnées —, l'article 305 du *Code civil allemand* (BGB), qui prévoit que les [notre traduction] « 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 l'article 1175 du *Code civil roumain* qui édicte que le [notre traduction] « 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.

194. Dereux, *supra* note 16 à la p 510.

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 anticontractuelles que les doctrines contractuelles « ne répond[ent] pas à la complexité des faits »¹⁹⁵. 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 complexes »¹⁹⁶. Le présent article propose donc de participer à mettre un terme à cet obstacle épistémologique¹⁹⁷ en faisant du « contrat » par adhésion un acte hybride. En d'autres mots, il s'agirait de reconnaître que l'échange effectué 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*. 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 convergence »¹⁹⁸; de l'autre, on retrouve les « conditions générales [qui] règlent des points secondaires de la convention »¹⁹⁹ 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 économiques »²⁰⁰. C'est par la réunion de ces deux composantes que l'on obtient l'hybridation de l'acte formé par adhésion. D'ailleurs, ce point de vue est 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 contrat »²⁰¹. Benoît Moore proposait également,

195. Batiffol, *supra* note 10 à la p 30. Voir également Dereux, *supra* note 16 à la p 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 ».

196. Gounot, *supra* note 85 à la p 98.

197. Dereux, *supra* note 16 à la p 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 ».

198. Berlioz, *supra* note 66 à la 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 ».

199. Nordmann, *supra* note 122 à la p 52.

200. *Ibid.*

201. Gounot, *supra* note 85 à la p 229. 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

déjà en 1994, de 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 contient²⁰².

Cette proposition a, à tout le moins, la vertu de rendre la liberté bilatérale ou multilatérale — plutôt qu'unilatérale —, d'intégrer davantage de réalité dans le droit des contrats (par adhésion), et de potentiellement adopter un contrôle plus équitable sur la seconde partie de l'acte. Bref, parler de contrat en présence d'un contrat et d'un autre type d'acte en présence d'un autre acte. Il y a lieu dès à présent d'anticiper les critiques de celles qui seraient portées à répondre par l'aphorisme voulant que « tout n'est pas contractuel dans le contrat ». Or, Durkheim ne faisait pas référence au contrat par adhésion (ou à la réglementation privée unilatérale), mais mettait plutôt en exergue la réglementation sociale du contrat :

« 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

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 présent[er] comme principes, et non comme devant, d'une 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 contrat [italiques dans l'original].

Dereux, *supra* note 16 à la p 527.

202. Moore, « À la recherche d'une règle générale », *supra* note 140 à la p 205. La professeure Fenouillet soulève aussi la question des contrats hybrides qui demeurent dans l'incertitude suivant la réforme française de 2016 : Dominique Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », (2016) 2 R Contrats 358 au para 30.

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 contrat²⁰³ [italiques dans l'original].

Abordons maintenant 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*.

1. La volonté réelle des contractantes

Adopter une position purement anticontractuelle eu égard au contrat par adhésion semble excessif dans la mesure où on ne peut nier que pour chaque contrat par adhésion conclu, il existe une manifestation (limitée) de volonté²⁰⁴. En guise d'exemples, il va sans dire que l'acheteuse-adhérente *veut* se procurer la machine à laver en contrepartie du paiement exigé; la franchisee-adhérente *veut* bénéficier de l'enseigne de restauration rapide en échange du paiement des redevances; la cliente-adhérente *veut* obtenir la construction de l'ouvrage en retour du prix demandé, etc. En règle générale, lorsqu'on va au-delà de ces clauses du contrat, les autres ne sont pas *voulues* — ou du moins, pas avec la même compréhension ni le même degré de volonté. Afin d'identifier l'alpha et l'oméga de l'acte « proprement contractuel », on doit évidemment 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, telle 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,

203. Plouviez, *supra* note 179 à la p 78.

204. Moore, « La réforme du droit de la consommation », *supra* note 170 à la p 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.

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 contractant²⁰⁵.

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 »²⁰⁶. C'est donc véritablement sur les obligations et les clauses essentielles que se porte l'attention des contractantes. Batiffol 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 prix »²⁰⁷. À n'en point douter, en ne reconnaissant pas la présence contractuelle, si fragmentaire soit-elle, la doctrine anti-contractuelle 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 exprimée²⁰⁸, mais il demeure ô combien plus conforme à la réalité. C'est, au demeurant, ce que Dereux proposait 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

205. Collart Dutilleul, *supra* note 49 à la p 231. Voir également sur les clauses non obligationnelles, ici qualifiées de *clauses à contenu imposé*, Mustapha Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », (2006) 4 R Contrats 1051 à la p 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 ».

206. Gounot, *supra* note 85 à la p 181. D'ailleurs, Gounot n'est pas le seul auteur à être de cet avis; voir notamment Lafond, *supra* note 72 à la p 18 : « Tout au plus, consent-il à sa prestation principale (achat, location, dépôt), sans égard aux conditions parfois même essentielles qui l'encadrent »; Frison-Roche, *supra* note 100 au para 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 contrais.

207. Batiffol, *supra* note 10 à la p 15.

208. Ripert, *supra* note 2 à la p 100.

l'effet de chacune de leurs clauses à la volonté *réelle* des deux parties » [italiques dans l'original]²⁰⁹. Comme le 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 néant »²¹⁰.

Dans le cadre de cette partie contractuelle où la volonté se manifeste réellement, cette proposition veut qu'on lui appose 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 — tout comme les sections ayant trait aux contrats nommés, le cas échéant. 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*.

2. Les clauses à contenu imposé

Au sein de l'acte que nous connaissons comme étant le contrat par adhésion, la présente proposition viserait à qualifier les clauses exclues du cadre contractuel de *clauses à contenu imposé*²¹¹. 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, il y a lieu de faire usage d'une expression plénière et claire²¹². Évidemment, avant de proposer quelque contrôle que ce soit,

209. Dereux, *supra* note 16 à la p 535.

210. Gounot, *supra* note 85 à la p 208.

211. Nous tenons à remercier sincèrement M^e Arnaud Tellier-Marcil pour cette formulation. Au fil de nos discussions sur la jurilinguistique, cette expression nous a paru la plus congrue.

212. Contrairement à l'expression « clauses à contenu imposé », les « conditions générales » et les « clauses types » ont pour effet de semer la confusion, et ce, tant sur le plan langagier que sur le plan juridique. En ce qui a trait au langage, il y a lieu de saluer l'utilisation du mot « générales » dans l'expression qui souligne leur caractère. Pour ce qui est du mot « conditions », il semble calqué de l'anglais 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 condition (voir notamment l'article 1497 du *Code civil du Québec*). Pour ce qui est des clauses types, elles changeraient de nature — tant langagière que juridique — chaque fois que la stipulante modifierait un ou deux mots de sa clause. L'idée à la base de la proposition en serait

il y a lieu de répertorier les clauses qui seront traitées dans cette section. Si le test des clauses obligationnelles présenté préalablement fournit un indice fécond, ajoutons certains repères. En premier lieu, il s'avère à propos de définir le matériau de cette section. Pour ce faire, il y a lieu de renvoyer à la définition exhaustive 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 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 propre²¹³.

Cette définition renvoie à l'autonomie de la clause insérée dans le contrat par rapport à l'acte contractuel pris globalement.

En deuxième lieu, il est opportun d'exemplifier la définition 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 laver 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 une arbitre située à plus de 4 000 km de son domicile et devra assumer la moitié des frais arbitraux, car il en va de sa *volonté*;

pervertie. Finalement, le changement de définition opéré par la législatrice française en octobre 2018 n'est pas inintéressant (« Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »). Toutefois, l'utilisation du mot « négociables » plutôt que celle du mot « négociées » en restreint la portée, et le point focal demeure sur l'ensemble du contrat et non pas sur les clauses prises individuellement.

213. Mekki, *supra* note 205 à la p 1052.

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 à laquelle elle a *consentie*. Ces trois cas présentent des exemples de clauses qui 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 compétence²¹⁴.

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 obligation²¹⁵. Dans l'état actuel du droit posé — 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 cette 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 compromissoire 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 dont les dispositions pourraient contrôler en amont les clauses ou tout simplement les imposer. 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.

214. Pascal Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) 4 RTD civ 771 à la p 790.

215. Mekki, *supra* note 205 à la p 1059.

En troisième lieu, les professeurs Mekki et Moore proposent une classification des clauses afin d'éclairer les juristes. Selon le premier, les clauses peuvent être réparties dans l'une des trois catégories suivantes : celles d'appréciation des risques²¹⁶, de prévention des risques²¹⁷, et d'imputation des risques²¹⁸. 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 juge²¹⁹.

De son côté, le professeur Moore répertorie quatre familles de clauses :

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 CcQ 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)²²⁰.

216. *Ibid* à la p 1054.

217. *Ibid* à la p 1055.

218. *Ibid* à la p 1056.

219. *Ibid* à la p 1057.

220. Moore, «La réforme du droit de la consommation», *supra* note 170 à la p 128.

Ces catégorisations²²¹ 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, la

marge de liberté laissée aux contractants est globalement plus grande dans les clauses non obligationnelles [...] [et 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 obligationnelles²²².

Il convient donc d'affirmer qu'il faut laisser le soin aux contractantes de s'assurer que la justice 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 adhésion²²³.

À cet effet, une myriade de solutions préventives et curatives a été avancée par les autrices afin de contrôler ces clauses au fort potentiel dangereux. Essentiellement, on propose une interprétation objective — ou d'équité et de justice sociale²²⁴ —, 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 réelles »²²⁵. De son côté, le professeur Moore propose concrètement trois voies d'intervention²²⁶.

221. Geneviève Helleringer, *Les clauses du contrat: essai de typologie*, Paris, LGDJ, 2012: l'autrice propose trois types de clauses. Elle qualifie le premier groupe de clauses de prestation, le deuxième, de pouvoir et le troisième, de différend.

222. Collart Dutilleul, *supra* note 49 à la p 241. Dans cette veine, voir également à la page 232: Autour d'un noyau d'obligations largement composé 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 de pouvoir.

223. Berlioz, *supra* note 66 à la p 110.

224. Gounot, *supra* note 85 à la p 214.

225. Tabi Tabi, *supra* note 20 à la p 593.

226. Moore, « À la recherche d'une règle générale », *supra* note 140 aux pp 187-189: La première option est qualifiée de purement judiciaire, c'est-à-dire que la législatrice établit 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

Toujours dans l'optique de contrôler les *clauses à contenu imposé*, l'article du professeur Moore nous enseigne que Sales a naguère proposé de créer une commission administrative qui serait chargée de rédiger des contrats types dans divers secteurs commerciaux²²⁷. 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, soit « la négociation collective des contrats de consommation » ; c'est-à-dire l'utilisation imposée d'un contrat-type prénégocié par des groupes représentant les parties au contrat²²⁸. Enfin, nous soulignons qu'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 clause²²⁹. 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 contrat »²³⁰. En effet, si une « clause est, classiquement, définie comme "une disposition particulière de l'acte juridique" »²³¹, il ne subsiste désormais aucun doute quant à l'autonomie des clauses insérées dans les contrats²³². 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

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 abusives (comme la législation protégeant les consommateurs en France). L'avantage de cette avenue est la prévisibilité pour les justiciables. En revanche, « il est utopique de croire que le législateur puisse imaginer toutes les clauses potentiellement abusives ». 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 prosrites) et une liste jaune (clauses présumées abusives).

227. *Ibid* à la p 191.

228. *Ibid*.

229. Mustapha Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^e partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », (2007) 2 R Contrats 239 à la p 241.

230. Mekki, *supra* note 205 à la p 1051.

231. *Ibid* à la p 1052.

232. *Ibid* à la p 1051.

que le contrôle de celles-ci ne peut « se limiter aux règles classiques appliquées aux obligations contractuelles »²³³.

C. Conclusion de la deuxième partie

Somme toute, l'avenue proposée s'avère certes plus complexe que la solution législative actuelle, mais considérablement plus conforme à la complexe réalité. Afin de faciliter la tâche des juristes, la législatrice pourrait édicter des présomptions : 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 sur le 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, plus acceptable. Un contrôle des *clauses à contenu imposé*, comme c'est d'ailleurs le cas pour les règles du mariage²³⁴ ou de la copropriété²³⁵, pourrait être adopté en toute conformité théorique. Autrement dit, nous sommes d'avis que du moment où nous arrêterons de concevoir les clauses à contenu imposé comme étant de nature contractuelle, il sera beaucoup plus aisé « [d']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 »²³⁶, c'est-à-dire l'assujettir au contrôle étatique. Aussitôt que nous cessons de voir dans ces clauses le bagage ontologique du contrat — dont la volonté et la liberté —, il devient éminemment plus justifié d'intervenir dans une « relation » d'ordre privé. On a beau annoncer la mort de l'autonomie de la volonté depuis quelque temps déjà²³⁷, on ne se défait pas si facilement de 150 ans²³⁸, au bas mot, d'un tel dogme²³⁹. Bref, il s'agit humblement

233. *Ibid* à la p 1058.

234. Voir les articles 365 et suivants du *Code civil du Québec*.

235. Voir les articles 1012 et suivants du *Code civil du Québec*.

236. Supiot, *supra* note 179 à la p 32.

237. Bélanger, « Les théories du contrat », *supra* note 106 à la p 272.

238. Ranouil, *supra* note 46 à la p 40.

239. Pour paraphraser l'expression utilisée par la professeure Bich : « On ne se défera pas facilement d'un millénaire d'hommes raisonnables et de bons pères de famille » : Marie-France Bich, « "Pater familias" et "imbecillitas sexus" : vagabondages socio-juridiques et cri(s) du cœur » dans Hélène Dumont, dir, *Femmes et droit, 50 ans de vie commune... et tout un avenir. Les journées Maximilien-Caron 1991*, Montréal, Thémis, 1993, 245 à la p 268.

d'une proposition pour changer de paradigme en matière de contrat (par adhésion), lequel teinte indéniablement notre conception de juristes privatistes.

CONCLUSION

Par où commencer la conclusion? Peut-être par ce que cet article n'est pas. Ce texte n'a pas la prétention d'exhaustivité. Cette proposition ne porte pas non plus sur le régime du contrat par adhésion. Elle ne traite pas de l'état du droit positif sur la question. Pour ces raisons, elle n'a rien du « prêt-à-manger ». Que reste-t-il alors? Peut-être pas grand-chose, au fond... Probablement une simple amorce. Une amorce sur certains thèmes qui nous interpellent: 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 à l'égard des droits spéciaux²⁴⁰? À quel point sommes-nous prêtes à élargir la notion de contrat? Quel niveau de protection souhaitons-nous socialement accorder aux parties vulnérables²⁴¹? Qu'est-ce que la liberté? Qu'est-ce que la volonté? Peut-être seulement des questions soumises à qui voudra bien les entendre. Peut-être, au fond, simplement un plaidoyer afin de nous extirper du choix que nous avons entre « adhérer et adhérer ». Mais une chose est certaine: ce texte est un doute²⁴². Ce doute voulant que quelque chose se soit passé, quelque part, à un certain moment, pour que l'on puisse associer la violence théorique du contrat par adhésion à la douceur et à la grandeur de la liberté et de la volonté à la base de la notion de contrat.

En même temps, il est à se demander si nous souhaitons toujours douter. Sinon, 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

240. Popovici, *supra* note 14 à la p 200.

241. Tabi Tabi, *supra* note 20 à la p 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 ».

242. Bélanger, « Le temps contractuel », *supra* note 3 à la p 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? »

la volonté? De traiter l'intransigeance comme s'il s'agissait de 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? Quoi qu'il en soit, on ne saurait aujourd'hui nier qu'il y a dissonance entre les principes fondamentaux du contrat et le contrat par adhésion. Si les juristes que nous sommes et la législature — et plus largement la société — préfèrent faire de l'économisme et de l'utilité 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 économiques 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.