

## CONTRATS ET OBLIGATIONS

1271

# L'acte rédigé par un notaire ou un avocat peut-il être qualifié de contrat d'adhésion ?

Dans un contrat d'adhésion, non seulement une clause créant un déséquilibre significatif est réputée non écrite, mais toute stipulation douteuse sera systématiquement interprétée contre celui qui l'a proposée. L'enjeu de la qualification est donc essentiel, mais les critères posés sont flous. Ils supposent une soustraction à la négociation. En conséquence, en présence d'un professionnel du droit, qu'il soit notaire ou avocat, le comité juridique de la FNDP considère qu'il existe une présomption simple d'exclusion de la qualification de contrat d'adhésion.

Rapport rédigé par :

Sophie Schiller,  
professeuse à l'université Paris-Dauphine PSL, présidente  
du comité juridique de la FNDP

1 - Selon le nouvel article 1110 du Code civil : « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». L'enjeu de la qualification est important. Si un contrat venait à être qualifié de contrat d'adhésion, « *toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* » (C. civ., art. 1171). En outre, selon l'article 1190 du Code civil : « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

2 - Bien qu'elle soit lourde de conséquences, la qualification ne sera pas aisée. Le législateur a choisi de s'éloigner de la conception traditionnelle qui limite cette catégorie aux seuls contrats de masse, répliqués en de nombreux exemplaires, en posant une définition beaucoup plus générale. Le champ potentiel dépasse donc largement le droit de la consommation pour intégrer de nombreux accords conclus en particulier en droit des affaires. Pour se prémunir contre cette qualification, il est bien sûr inutile de faire figurer une clause ou un titre indiquant le rattachement à la catégorie des contrats de gré à gré vu le caractère d'ordre public des définitions.

3 - Le premier critère est de nature purement formelle. Il suppose de définir « les conditions générales », notion peu juridique

à comprendre par opposition aux conditions particulières. Les conditions générales constituent le plus souvent des clauses accessoires, par rapport aux éléments essentiels qui seront fixés au cas par cas par les parties. Selon la nouvelle définition, le contrat est d'adhésion lorsque ces éléments accessoires sont soustraits à la négociation. Il n'est nullement fait référence à la liberté de discussion. L'interprétation à retenir ne fait pas l'unanimité des auteurs. Pour certains, « Quand bien même la liberté de discussion existerait en théorie, le contrat serait qualifié d'adhésion si, dans les faits, aucune négociation n'est effectivement intervenue »<sup>1</sup>. Il conviendrait de conserver tous les éléments qui permettraient de prouver l'existence d'un processus de négociation lors de la conclusion du contrat, que ce soient des réunions, rencontres ou échanges écrits. Pour d'autres, « Il ne s'agit pas seulement d'une absence de négociation, il s'agit aussi, et surtout, me semble-t-il, d'une impossibilité de négociation (...). Soustraire les conditions générales d'un contrat à la négociation, c'est donc faire en sorte qu'un contractant, auquel, en vertu de la définition du contrat, il appartient, en principe, de pouvoir en négocier l'ensemble du contenu, soit empêché de le faire dans une situation donnée (...). La caractérisation d'un contrat d'adhésion supposera donc, à mon sens, de démontrer que son contenu n'aura pas pu être négocié par celle des parties qui n'en aura pas proposé les conditions générales, parce que cette discussion aura été factuellement empêchée par l'autre, fût-ce par l'exploitation des circonstances : il ne suffira pas de prouver qu'aucune discussion n'aura eu lieu, preuve au demeurant fort délicate, il faudra démontrer que cette discussion aura été rendue matériellement impossible par le contractant qui aura

1 M. Mekki, *L'incidence de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?* : Rev. sociétés 2016, p. 563, § 22.

présenté les conditions générales »<sup>2</sup>. Pour éviter la qualification de contrat d'adhésion, il conviendra donc d'apporter la preuve soit de négociations, soit d'une possibilité de négociations, qui dans les deux cas s'avèrera généralement très délicate.

4 - Certes, la soustraction à la négociation est parfois assez aisée à démontrer, lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'un modèle pré-rédigé ou d'un contrat type ou même quand la demande est bien supérieure à l'offre, l'un pouvant alors imposer sa volonté. À l'inverse, on peut se demander si la présence d'un professionnel du droit n'obligerait pas à établir une potentialité de négociations. En effet, tant le notaire que l'avocat sont tenus à des obligations précises définies par des règles légales et déontologiques. Plusieurs permettent d'améliorer le contexte de la conclusion de l'acte. Ainsi, le notaire doit rédiger avec impartialité et clarté<sup>3</sup>. Il est tenu d'une obligation d'information<sup>4</sup>. L'avocat doit également assurer « la validité et l'efficacité de l'acte »<sup>5</sup>. Tous deux sont tenus d'« assurer l'équilibre des intérêts »<sup>6</sup>. Aucune de ces obligations ne vise la phase de négociations. Même l'équilibre des intérêts peut être parfaitement assuré sans qu'il n'y ait de négociations. Les règles relatives aux actes rédigés par ces professionnels ne renvoient pas plus à la notion de négociations. Depuis la réforme du droit des obligations, l'acte authentique, comme l'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties, figurent dans le Code civil aux articles 1369 et 1374. Dans les deux cas, l'acte est défini par la présence d'un professionnel et des règles particulières en matière de solennité, mais sans référence à une obligation spécifique de négociations. Certes, l'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties évoque une pluralité de conseils en employant le pluriel à leur propos et impose à chacun de s'entretenir avec son propre client, mais sans qu'il y ait d'obligation de négocier entre avocats ou entre clients.

5 - Néanmoins, la simple présence d'un professionnel distillant des informations et veillant à l'équilibre des intérêts est bien sûr facteur de protection de l'expression d'une volonté libre et donc favorable à la négociation. Certains auteurs en ont déduit qu'il conviendrait d'en déduire une impossibilité de retenir la qualification de contrat d'adhésion pour des contrats « rédigés avec le

concours d'un (...) avocat (ou d'un) notaire », dont la présence est de nature à permettre « une libre négociation assortie d'un conseil et ce en dépit de l'utilisation de formules notariales ou de logiciels de rédaction assistée »<sup>7</sup>. Une telle appréciation catégorique n'emporte pas forcément la conviction. Comme ce qui compte c'est d'avoir offert la possibilité de négocier, il est possible de s'inspirer de l'expérience allemande, riche de 30 ans d'application d'une loi relative aux conditions générales. Outre-Rhin, il faut proposer officiellement à son cocontractant de négocier, notamment les stipulations les plus importantes, engager réellement la discussion et idéalement apporter des modifications (aux conséquences anodines et calculées). Pour prouver la négociation, il faut conserver les correspondances échangées, les éventuels accords préliminaires et les versions antérieures. Il ne suffit pas que le contractant ait eu le choix entre plusieurs solutions ou qu'il ait eu une invitation formelle à « faire des propositions » ou rejeter certaines clauses<sup>8</sup>. C'est sur une appréciation *in concreto* que la preuve reposera, ce qui suppose, même pour un contrat négocié avec un professionnel, exactement comme s'il n'était pas là, de conserver les échanges, de ménager un temps de rendez-vous suffisant... C'est alors totalement nier l'influence du professionnel sur l'existence et la qualité des échanges entre les parties. Comme l'explique Mustapha Mekki, « l'élaboration d'un acte notarié confère à l'acte date certaine, une force probante renforcée et force exécutoire mais n'a aucune incidence sur la qualification du contrat »<sup>9</sup>.

6 - Le comité juridique de la FNDP choisit d'adopter une solution d'équilibre entre ces deux positions. Selon Thierry Revet, « l'intervention d'un professionnel de la rédaction d'actes, auquel la déontologie professionnelle qui le régit fait obligation de tenir compte de l'intérêt de toutes les parties à l'*instrumentum* qu'il élabore, ne peut que faire présumer l'absence de soustraction de son contenu à la négociation par ceux qui sont appelés à en devenir les sujets »<sup>10</sup>. Le comité juridique à l'unanimité décide qu'il convient de suivre cette opinion et de considérer que la présence d'un professionnel du droit permet de poser une présomption simple d'exclusion de la qualification de contrat d'adhésion. ■

2 Th. Revet, *Les critères du contrat d'adhésion* : D. 2016, p. 1771, n°12. L'opinion est également exprimée par de nombreux autres auteurs.

3 Règl. national approuvé par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, *Principes de déontologie*. - V. JCl. *Pratique notariale - L'entreprise notariale*, fasc. 265 à 280.

4 Règl. national préc. note 3, art. 3.2.1.

5 Règl. intérieur national de la profession d'avocat, art. 7-2.

6 Obligation posée par le règlement intérieur national de la profession d'avocat (art. 7-2) et imposée aux notaires par la jurisprudence.

7 G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil* : Dalloz, 2016, n° 148. - Également pour une exclusion « à titre de principe, puisqu'un acte authentique est, par définition, l'œuvre matérielle et intellectuelle de l'officier public et ne saurait donc être déterminé à l'avance par un contractant », Ch. Gijssbergs, *La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations* : JCP N 2017, n° 17, 1163, n° 35.

8 Ch. Delangle, *Le nouveau dispositif du Code civil consacré au contrat d'adhésion* : JCP E 2017, 1452, n° 6.

9 M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion* : JCP N 2016, n° 45, act. 1190.

10 Th. Revet, préc. note 2, n° 12.